

INTERPRETATIO PRUDENTIUM VE LEGİSLASYON (*)

Biondo Biondi

Milâno İniversitesinde Ord. Profesör

Eski Roma hukuku hiç şüphesiz tamamen *interpretatio prudentium*'dur; Pomponius bile, mutantan bir ifade ile, *ius civile*'nin «*in sola Prudentium interpretatione consistit* (fr. 2, 12 D. I, 2) olduğunu söylüyor. Filhakika *ius civile*, menşeleri uzak devirlerin karanlıkları içinde kaybolan, ve vakayiin bizzat şeniyetinden istihraç edilmiş olması dolayısıyla kat'î ve intiutif bir hakikatte olan birkaç iptidai prensipten müteşekkildir. Çiçeron, *ius a natura ductum* (de leg. I, 6, 17) dan, *innata vis*'den, *ratio summa*, dan (de leg. I, 6, 18) sebepsiz bahsetmiyor.

Klâsik hukukçuların yazıları «*Natura*» ve «*Naturalis ratio*» kelimelerile doludur. Modern tenkit ve tahlilcilerin, *natura* ve *naturalis*'e herhangi bir işareti itimatsızlık ve çekingenlikle karşıladıkları ve felsefî müdahaleler gibi görünen bu mefhumları tamamen ortadan kaldırmak tehdidinde buldukları bir hakikattir; fakat, bu mefhumlara hukukçu olmayan müelliflerde hukukî müesseselere işaret edildiği noktalarda teşadüf edildiği, ve — Beseler ile Solazzi'nin biâman hücumlarına mukavemet etmiş olan — Gaius'un bazı parçalarının medenî hukuk müesseselerinde (I, 189; 2, 66, 69; 79) *Naturalis ratio* mefhumu ile, ve *naturalis ratio* olarak telâkki edilen *ius naturale* (2, 65; 73) mefhumile hareket ettikleri gözönünde tutulacak olursa bu temayüle derin bir şüphe ve tereddütle bakmak caiz olur.

Fakat, *natura* sarih bir surette zikredilmediği ve prensip de *naturalis* olarak tarif edilmediği zaman dahi, *ius*'un ancak vakayiin şeniyetini aksettirdiği keyfiyeti hukukçuların zihninde vâzıhtır. Böylece, sirkat hususunda, bazı hukukçular *natura*'yı *lex*'e karşı

(*) Sayın Profesör Biondi'nin Fakültemiz mecmuası için lütuf buydukları bu kıymetli makaleden dolayı kendilerine burada tekrar teşekkür ederiz.

koymayı düşündükleri halde Gaius derhal cevap vererek: «*neque lex facere potest ut qui manifestus fur non sit, fur sit*» (3, 194) diyor. Pavlus da bundan farklı olmayarak şöyle söylüyor: «*res facti infirmari iure civili non potest*» (fr. I, 4 D. 41, 2).

Şu halde, vakayiiin şeniyetine tâm bir intibak, intuitif bir sara-hatte olan prensipler, mantıkî ve sert neticeler: işte *ius civile*'nin kuvveti ve temeli. Böyle bir hukukî sistemin, onu yaratacak bir devlet organına lüzum kalmaksızın da kabul edilebilmesi bu suretle izah edilebilir ve iptidaları din adamları ve sonraları laik olan hukukçuların, o kadar tabii bir surette, adetâ böyle muvafıkmiş gibi, kendilerinin *iuris conditores* veya *auctores* tanınmaları ve Pomponius'un da, *ius civile*'nin «*venit compositum a Prudentibus*» (fr. 2, 5 D, I, 2) olduğunu teyid ve tasdik etmesi ancak bu suretle haklı gösterilebilir. Her halde dinî kanaatlerin bu hususta tesiri oluyordu, ve, *ius*'un *Jovis*'den geldiği ve *interpretatio*'nun da inter *Patrem* kelimelerinden neş'et ettiği hakkında Giambottista Vico nun ileri sürdüğü etimoloğya, felsefî bakımdan kabili münakaşa olmakla beraber, caziptir. Ne de olsa, eski hukukun dinî temeli münakaşa haricindedir: Fakat dinin kuvveti, bilhassa Pontifex'in inhisarı nihayet bulduğu zaman, *ius civile*'nin bütün teşekkülünü izaha kâfi değildir.

Prudens'ler bazı temel mefhumlardan hareket ediyorlar. *Patrio potestas*, *dominium*, *obligatio*, *successio*, *actio* mefhumları, hukuk sisteminin ilk hatları, adeta hocreleridir. Bunlar keşif ve intikal yolu ile hissedilirler. Hiçbir legislatör onları tanımadı, fakat daha ziyade, hayatın hakikatine mutabakatları dolayısıyla bir kıymeti haiz olan anane kuvveti onları yaşatıyordu. Ailenin bir reisi olması, ve bunun da, kendi idaresi altında bulunan şahıslar ve şeyler üzerinde en geniş iktidara malik olması, onun ölümü üzerine yerini başkasının tutması, bir kimsenin kendi şahsını bağladığı zaman bunun neticelerine maruz kalması, bir haksızlığa uğrayan kimsenin aksül'âmelde — ve hattâ şiddetli bir surette — bulunması, bütün bunlar, empoze edilmelerine lüzum olmayan mefhum ve akidelerdir. Hattâ denebilir ki, başka bir vaziyet kabili tasavvur bile değildi.

Biz umumiyetle âdetten ve anane kuvvetinden bahsederiz. Fakat bu hâlde hâdise henüz izah edilmiş olmaz, çünkü, bir prensipe veya bir fiile niçin ananevî bir surette riayet edildiğini veya bunların tekrar edildiklerini anlatmak meselesi mevzuu bahistir. Dinî unsur kuvvetli bir surette burada tesirini gösteriyordu; fakat bu,

tebarüz ettirdiğim gibi, her şeyi izah etmez. Bunun sebebi, bilâkis, daha derindedir: Her gün tatbik edilen o prensipler, şeylerin şeniyetine o kadar uygun idiler ki, iptidai zihniyete, güneşin doğması veya batması kadar tabii görünüyordular. Ve bu halde, en iyi adaletin ikna eden adalet olduğu doğru ise, eski teşkilâtın mükemmel olduğunu ve, bilhassa ikna ettiği için, en büyük hukukî mükemmeliyeti teşkil edebilecek bir vaziyette olduğunu söyleyebiliriz.

Bundan başka, şeylerin şeniyetinden ve gayri kabili içtinap mantıktan bahsettiğimiz zaman, eski zihniyeti teşkil eden o fikir ve mukaddemat kütesine teveccüh etmek mecburiyetinde olduğumuzu söylemek fuzulidir; eski teşkilâtın bütün tabiiliğini ancak o eski zihniyetin içine nüfuz etmekle tam bir surette idrak edebiliriz, aksi takdirde, bazılarının yaptığı gibi, iptidai hukukî zihniyeti gayri-mantıkî addetmek tehlikesine maruz kalırız. Eski insanların, *kendilerine mahsus* bir mantığı vardı, ve onlar, şeylerin şeniyetini, bizim bugün gördüğümüzden belki başka bir şekilde de görüyorlardı. Hukukî teşkilâtın ana hatlarını teşkil eden o temel mefhumlar, tam ve kat'i hudutlara ve iyice tesbit edilmiş ve devamlı vasıflara malik olan hendesi şekiller gibi karşımıza çıkıyorlar.

İşte *interpretatio prudentium* da bu iptidai şekiller etrafında tatbik ediliyor ve bütün *ius civile* sistemi de tamamile onlardan çıkıyor ve inkişaf ediyor.

Interpretatio hakikatte cihanşümül bir hâdişedir ve zihnimizin gayri kabili içtinap bir ihtiyacıdır, ve gerek tabiatın hâdiseleri gerekse, sanat eserlerinden felsefeye, hukuka kadar beşer ruhunun bilûmum tezahüratı için bir kıymeti haizdir.

Fakat *interpretatio prudentium* yalnız intellektif değildir, aynı zamanda tekâmüle müsteittir; amelî bir duruştur, nazari değildir. Bu görünüş altında, İslâm âlemindeki «*Kıyas*» a veya Hıristiyanlardaki *Anane*'ye benzetilebilir; fakat şu noktaya dikkat etmek icap eder ki, burada teşriî bir metinde veya ortaya çıkarılmış bir hakikatten hareket edildiği halde, *Prudens*'lerin *interpretatio*'su hiç bir kimsenin asla empoze etmemiş olduğu prensiplerden hareket eder. Filhakika hukukun temel mefhumları şeylerin şeniyetini sadıkane aksederler ve bunların, içtimaî hayatın kendi kendine doğan bir teşekkülü oldukları söylenebilir. Tarihi mektebin tanınmış mülâhazaları eski hukuk hususunda tamamile doğrudurlar. XII Levha kanunu bile, onların mahiyeti hakkındaki şüpheler bir tarafa bırakılacak olursa, her halde esas müesseselerin mevcudiyetini kabul ederler ki,

bu esas müesseseler Decemvir'ler tarafından ne vücade getirildiler, ne de ilân edildiler.

Interpretatio'nun vazifesi, evvelemirde, ananeyi, muayyen ve kat'î bir formülde tesbit etmektir; fakat *Prudens*'ler ananeyi canlı bir şey gibi telâkki ediyorlar, tıpkı, ananenin hazırladığı içtimaî şeyniyetin canlı olması gibi. binaenaleyh içtimaî hayatın sabit olmaması gibi anane de sabit değildir. Ve böylece anane uzun asırlar inkişaf ettiriliyor, tatbikatın yeni ve mütenevvi ihtiyaçlarına uyduruluyor, tatbik ediliyor. Bu şekilde, içtimaî tekâmülü adım adım takip ediyor.

Binaenaleyh *interpretatio* olarak telâkki edildikte *ius civile*, tedricî bir surette genişleyen bir uzviyettir, fakat daima aynı esaslardan ve aynı metodlarla hareket eder. Bu, *Prudens*'lerin mükemmel mantıklarının vücade getirdiği uzvî bir inkişaftır. Höcre uzviyet halini alıyor, fakat uzviyet ancak höcrenin özünü aksedebiliyor. Binaenaleyh sistem hendesidir, tıpkı onu tertip eden unsurların hendesi olmaları gibi.

Hukukçuların faaliyeti boş bir intelektüalizm tarafından değil, amelî bir gaye tarafından idare ediliyor: hukukçular hukukun bir spekülâsyon olmayıp, bilâkis müşahhas ve daima değişen ihtiyaçları karşılayan bir âlet olduğunu ve sistemin inkişafına rehberlik eden şeyin de daima, bütün zaruretlerle birlikte, hayatın şeyniyeti olduğunu çok iyi anlıyorlar.

Binaenaleyh ananevî prensiplerden, mantıkî bir surette, münasip ve muvafık olan ve amelî ihtiyaçlara cevap veren şeyler meydana çıkarılıyor. Dialektik vasıtasile, hukuk prensipleri, içtimaî ihtiyaçlara cevap verecek bir hale getiriliyorlar. Şu halde *interpretatio* iki âmil arz ediyor, bunlardan biri mantıkî, diğeri amelîdir: hukukçular, hayatın daima yeni olan ihtiyaçlarına cevap vermek gayesini güdüyorlar ve bu neticeye de mantıkî yoldan varılıyor.

Fakat tekâmül bazan müstekim bir hat şeklinde değildir ve her zaman inkişaf etmesi de lâzımgelmez.

İşte bazı müesseseler söndükleri halde diğerlerinin inkişaf etmeleri ve diğer bazılarının da yeni fonksiyonlara uymaları böyle vaki oluyor; bazı prensipler genişliyorlar ve doğurmağa muktedir oldukları bütün neticelere gidiyorlar, diğerleri ise duruyorlar ve tatbikatta asgarî hadde iniyorlar. Ve hakikatte, vasıta daima mantıkî ise, *interpretatio*'yu teşkil eden ve ona direktif veren şey daima, anane-

vî prensipleri amelî hayata ve içtimâî vicdana uydurmak, intibak ettirmek zaruretidir .

Sistemin, arzettiği ve sayısı az olan hukukî vasıtalar azamî derecede istismar ediliyorlar. Böylece teşkilât genişliyor. Yeni içtimâî ihtiyaçlar baş gösterdikçe, eski hukukî şekillerden filizlenen yenileri doğuyorlar. Gayet basit olan *sponsio* vasıtası hukukşinasın *cavere*, den ibaret olan bütün o incelmış faaliyetine, basiret ve us gibi faziletlerden işlenmiş faaliyetine hız veriyor; böylece, diyebiliriz ki, kanunun tanımadığı şeylere anlaşma yolu ile varılıyor. Evvelâ *res corporales*'ler için muteber olan *vindicatio*, ayrıca *servitutes*, *usus-fructus* ve *usus* için de kullanılıyor; böylece, teşriî bir müdahaleye lüzum kalmaksızın, bu yeni hukukî mefhumlar tanınmış, kabul edilmiş oluyorlar. *Ius civile* tarafından tanınmış olan ve maddî şeylerin peşin para ile satın alınmasında kullanılan eski hukukî muamele, yani, *per aes et libram* muamele, en mütenevvi hukukî neticelere varılmak için kullanılıyor: irtifak hakkı, semerelerin iktisabı, *manus*, *obligatio* gibi hakların tesisi ve *obligatio*'unun çözülmesi için ve hattâ vasiyet için. Davadan, mülkiyetin intikali, aynı haklar tesisi, köle azadı gibi hususlarda istifade ediliyor. Vasiyette, *heredis institutio*'nun yanibaşında, diğer tasarrufların yapılması da kabul ediliyor. İlk *obligatio* hallerinden sonra birer birer, yeni *obligatio* kaynakları tanıyor ve kabul ediliyor..

Bu inkişaf ve bunun gibi diğerleri için, metnî teşriî bir tanınmanın mevcudiyeti icap eder: eski hukukçu buraya bilâkis *interpretatio* yolu ile varıyor, ve öyle mükemmel bir mantıkla, amelî ihtiyaçları o kadar tâm bir surette karşılıyarak varıyor ki, hiçbir *civis*, bunula başka bir vatandaşın bir yaşayış kaidesi ortaya koyduğunu, empoze ettiğini en ufak bir derecede bile hissetmiyordu. Doğrusu *interpretatio*'nun neticesi, *iurisdictio* salâhiyetini haiz magistratlar tarafından yapılıyor, çünkü bunlar, bu neticelerin tahakkuku için bütün bir dava ve muhakeme mekanizması hazırlıyorlar, vücade getiriyorlar. Fakat *ius civile*'nin teşekkülünde *civitas*'ın yabancı kaldığı da aynı surette doğrudur.

Bu muazzam inkişafın mantıkî seyri malûmumuz değildir, ve ancak faraziyeler arzedeabilecek bir vaziyetteyiz; eski hukukî zihniyete yaklaşabilsek bu faraziyelerin hakikate yakınlık dereceleri çok yüksek olur. Bu suretle, *dominium*'dan hareketle, semerelerin iktisabı ve kullanma haklarının ve ilk *servitus* tiplerinin ne suretle tanındıkları noktası şüpheli kalmaktadır; ve muhtelif hibe tiplerinin

vasiyete girmiş, aşılınmış oldukları, ilh., meseleleri de şüpheli kalmaktadır. Fakat, Prudens'lerin yalnız mantıkî yoldan bu neticelere vardıkları muahakkaktır.



Mamafih *ius civile* yalnız *ius Quiritium* olarak kalmıyor, fakat *ius gentium*'un tanınmasıyla genişliyor. *Ius gentium*'la ticaret zaruret ve ihtiyaçları sebebiyle bütün yeni bir âlem meydana çıkıyor. Artık şekil değil istek hâkimdir. Hiç bir sertlik veya darlık mevcut değildir: şimdi bütün bir davalar serisi vardır ki, bunlarda müdafaacının vaziyeti sert ve evvelinden tesbit edilmiş kalıplara göre değil, bilâkis *aequius, melius* ve *bonafides*'e göre gözden geçirilir, muhakeme edilir. Bu fevkalâde geniş kalıplar karşısında *interpretatio* daha kesif bir ittirad ile cereyan ediyor, Ve filvaki *bonafides*'ten hareket suretindedir ki, Prudens'ler yeni akideler tesbit ediyorlar ve bunları işliyorlar; bu, daha müterekki ve kesif bir ticaret faaliyetini tanzime matuf olan daha geniş prensiplerin hukukî sisteme ilk defa olarak idhâlidir. *Jürisprüdensin* eseri daha geniştir, daha incelmıştır, ve aynı zamanda, her türlü şekil manialarının ber taraf edildiği ve *bona fides*'in hâkim olduğu dakikadan itibaren amelî ihtiyaçlara cevap verebilmek için daha serbesttir. Fakat daima, sistemin mantıkî inkişafı sahasındayız. Mülkiyeti nakletmek isteğiyle bir şeyin tesliminin mülkiyeti nakil gibi bir netice doğurduğu ve satımdan ve icardan karşılıklı bir *aportere ex fide bona* doğduğu prensipi vazolunduktan sonra, hukukçular bütün *traditio* müessesesini işlemek ve hazırlamakla, ve karşılıklı münasebetlerin neden ibaret olduklarını tesbit etmekle meşgul oluyorlar. Bu, işlenen, incelenen ve içtimaî hayatın bütün zaruretlerine uydurulan tekâmül *traditio*, satım, ve icar doktrindir.

Prensipier geniş, ve inkişaf imkânları da daha vâsindirler. Fakat yeni prensipler muvacehesinde hukukçuların vaziyeti ve faaliyeti değişmiş değildir; öyle ki, *ius gentium*, *ius civile*'ye ithal ediliyor, onunla birleştiriliyor, ve bu suretle bu sonuncusu artık yalnız *ius Quiritium* değildir, fakat aynı zamanda *ius gentium*'dur ve *interpretatio* her ikisine teallük ediyor.

Şu halde *interpretatio*'da, hukukî mantık tarafından sevk ve idare edilen ve daima içtimaî ihtiyaçlara cevap veren bütün muazam bir tekâmül görüyoruz. Eski medenî hukuk kitapları elimizde bulunsa idi, veyahut hiç olmazsa Paulus ile Ulpianus'un şerhleri ba-

zı kısımlarını kaybetmiş olmasa idiler, Roma jürisprüdensinin bütün yaradıcı eserini daha iyi bir surette takdir edecektik. Fakat elimizde mevcut olanlar, tekâmülün hakikaten bilgin, mantıkî, uzvî ve hakikate daima uygun olduğu neticesine varmamıza imkân vermektedir. Vakıâ sistemin inkişaf seyri ekseriya malûmumuz değildir, ve bilhassa daha eski zamanlar için, muhtelif hukukî mefhum ve tiplerin tanınmasına medar olan mantıkî tarz ve seyir müphem kalmaktadırlar; fakat muhakkak ki, bütün sistem, herhangi bir teşriî müdahalenin hâricinde meydana çıkmış ve inkişaf etmiştir.

*
**

Fakat içtimaî tekâmül öyle bir noktaya varıyor ki, burada hukuk tamamen *interpretatio*, yani mantıkî istidlâl olamaz. Bazı ameli zaruretler mevcuttur ki, en ince mantık burada işe yaramaz ve en mükemmel hukukşinasın herhangi bir faaliyeti gayrikâfi görülür. Bu, mantığın artık hukuk sahasında işe yaramadığı demek değildir. Bilâkis artık eski mutalar işe yaramamaktadırlar. Eski prensiplerden bazıları yeni içtimaî vicdana tevafuk etmemektedirler; bu, bilâkis, akidelerin tesbitini istemektedir.

Sâfdil halk vicdanının, hukuk sahasında da, efsaneler yarattığı devir bitmiştir. Mantık gayrikâfi ve tehayyülât da imkânsız olduğundan, yalnız bir hâkimiyet fiili an'anevî akideleri değiştirebilir, ortadan kaldırılabılır ve yenilerini koyabilir, ve bu suretle *Prudens*'lerin vukuflu eserine bir hız ve yeni bir istikamet verebilir. Bu hâkimiyet fiilî ancak Devletten gelebilirdi. Hukuk yeni bir devir açıyor: artık münhasıran *interpretatio*'dan ibaret değildir, yani tamamen ananevî prensiplerin tanzimine ve işlenmesine istinat etmiyor, fakat Devlete ait oluyor, yani Devletin uzuvlarının doğrudandogruya ve birinci derecede bir mahsulüdür.

Fakat Devlet ne yapıyor? Her halde *interpretatio*'nun yerini alıyor ve onu ortadan kaldırmıyor; sadece, kendi otoritesinin kuvveti ile yeni prensipler tesbit ediyor.

Bütün bunları *Prudens*'ler değil yalnız Devlet yapabilirdi. *Interpretatio*, *obligatio müessesesini* daha ince bir sanatla işleyebilirdi, *obligationes*'lerin cevherini gittikçe genişletebilirdi, fakat *obligatio*'nun, şahsın bağlanması olarak ananevî mefhumunu ortaya koyuyor, bu mefhumdan hareket ederek, tatmin edilmemiş alacaklının, kanunî yollar dahilinde, *obligatus'un* şahsına vaz'iyed etmesi

şeklindeki eski bir neticeden uzaklaşamazdı. Fakat, büyük bir ticari faaliyet devresinde, müflis borçluyu köle vaziyetine koymak alacaklı için hayli zayıf bir istifade sayılabilirdi. Netice, tamamen mantıki idi, fakat gayrikâfi idi: Yalnız Devletin otoritesi, yeni mamelek mesuliyeti prensipini koyabilir ve bu suretle eski *obligatio*'ya yeni bir hayat devresi açabilirdi.

Hukukçular, en ince bir sanatla, *ab intestato* miras müessesesini işleyebiliyorlardı; fakat temelleri inkâr edemezlerdi; hiçbir hukukçu becerikliliği *emanipatus*'un mirasa davetini veya *suus*'un mirastan feragatini kabul edemezdi. Yalnız teşrii bir müdafale bu yeni esasları verebilirdi, ki bilâhare bunların üzerine Prudens'lerin faaliyeti başlayabilirdi.

Hukukşinaslar, muhtelif tiplerin mahiyetinden veya *res sua*'dan bahseden Decemvir metninin tefsirinden, hibelerin hudutlarını tahdit edebiliyorlar; fakat, musinin 1000 astan fazla bir miktarı hibe edemeyeceği veyahut varise daima dörtte bir miktarı ayırmak mecburiyetinde olduğunu kabul derecesine katiyen varamazlardı.

Bu misallere ilânihaye devam edilebilir, çünkü burada Roma Hukukunun tekâmülünün bir sentezini göstermek mevzuu bahistir.

Şu halde teşrii bir müdahale lüzumlu görülüyordu. Fakat bütün *ius* anane icabı Devlet haricinde teşekkül ettiğinden, *civitas*'ın hiç bir organı tamamen teşrii bir fonksiyona malik değildir. Filhakkâ Roma âleminin hiç bir devrinde esas teşkilât bakımından teşrii bir fonksiyonu haiz bir organ mevcut değildir. Her halde krallık ve cümhuriyet devrinde, hususi münasebetlerde teşrii bir fonksiyonu haiz olan bir organa tesadüf etmiyoruz. *Comitia*ların başka fonksiyonları vardı ve eski *leges*'lerin muhtevası başka idi: Ve bizzat teşrii kuvvet te — ki, bilâhare mutlak idare kökleştikçe hükümdarın şahsında toplanıyor — müstakil bir fonksiyondan ziyade imperatorun iktidarının bir tezahürüdür. Bütün bunun sebebi de, hususi münasebetlerin tanziminin *interpretatio prudentium*'a tevdi edilmesinin anane halini almasıdır.

Yeni bir fonksiyon ihtiyacı başgösteriyor; fakat organ mevcut değildir. O zaman, Roma usunun delili olan bir hâdise karşısında kahıyoruz: Yeni organlar vücade getirileceği yerde mevcut olanlar yeni fonksiyona uyduruluyorlar. *Interpretatio* gayrikâfi görüldükçe, yeni zaruretlere karşılama için bazı organların bilfiil teşrii bir vazifeyi üzerine aldıklarını görüyoruz; Vakiâ bunların böyle bir fonksiyonları mevcut değildir, çünkü bu, söylenildiği gibi, esas teş-

kilât bakımından meçhuldür, Burada da bütün bir inkişaf mevcuttur: iptidaları çekingen ve korkak olan teşriî faaliyet, daha cesaretli oluyor.

Bir taraftan Romalıların ameli akliselimi, doktrinarizm veya abstraksiyon hissini veren her şeyden çekinmeleri ve diğer cihetten de teşriî fonksiyon zarureti, Romalıların, şekli mülâhazalar dermeyen etmedikten başka, ayrıca bu faaliyeti iyi bir surette karşılamalarına ve teşvik etmelerine medar oldu. Romalılar, bu faaliyetin esas temelinden ziyade, neticesini nazarı itibara alıyorlar. Ve böylece, bütün *civitas* tarafından pek de iyi karşılanmayan ve teşriî bir fonksiyona da hiç malik olmayan *concilia plebis*'ler, hususî hukuk sahasında o kadar münasip prensipler vazediyorlar ki, bütün *civitas*, *exaequatio* vasıtasile onları benimsemekte tereddüt etmiyor. Bu, avam tabakasının zaferi veya tecavüzü müdür? İhtimal; fakat bu izah kâfi değildir; burada daha ziyade, ameli ihtiyaçların hatırlattığı ve avam tarafından peyderpey tesbit edilen şeyleri şuurlu bir surette almak, kabul etmek keyfiyeti mevzuubahistir. Müteakiben, ve *concilia*'ların izi üzerinden, *comitia*'lar, vazife ve salâhiyetleri haricinde olmakla beraber, *civis*'ler arasındaki münasebetlerde kanunlar vücade getirmek faaliyetine geniş bir surette girişiyorlar.

Şimdi *lex* ile *ius* arasındaki tefrikin manasını anlayabiliriz; cümhuriyet devrinin birçok hukukî ve hukuk harici vesikalarında beliren bu tefrik etrafında bizim tarihçilerimizde nisbetsiz ve gayrikâfi neticelere tesadüf ediyoruz. Mitteis tarafından tamamile ve olduğu gibi kabul edilen Mommsen'in formülü bana biraz muğlâk gibi görünüyor: *ius*, hukukun özünü esasını ve onun heyeti mecmuasını ifade eder, *lex* ise ifade edilen normu ve muhtelif münferit hükümlerin menşelerine işareti ifade eder. Bu, *lex*'in kaynak ve *ius*'un da teşriî faaliyetin mahsulü olduğunu mu ifade eder? Fakat şu mülâhaza serdedilebilir ki, hareket noktasını teşkil eden ve malûm olan deliller, *ius* ile *lex*'in, *Baviera*'nın doğru işaret ettiği gibi, yalnız kaynak itibarile değil aynı zamanda onların muhtelif bünyeleri dolayısıyla de birbirinden ayrılan iki mevcudiyet teşkil ettiklerini gösterirler. Diğer cihetten bu formül doğru değilmiş, çünkü, hususî münasebetler sahasında da, *lex ius* doğurduğu halde, bütün *ius lex*'ten doğmuş değildir. Tezad kanunla hukuk arasında değil, daha ziyade *lex* ile *interpretatio* arasındadır. Sonra, diğer bazı muharrirlerin yaptıkları gibi *lex*'in sadece tâli ve istisnâî bir kaynak olduğunu söylemek, çok doğru bir hali müşahede etmek olur,

fakat tarifin esasını izah etmek olmaz. Kakikatte, *ius, interpretatio*, dur, *lex ise generale iussum populi*'dir; *ius*, hukukçuların mantıkî faaliyetidir, *lex ise* Devletin empoze ettiği şeydir, Devlet, *interpretatio* gayrikâfi görüldüğü yerde müdahale eder. *Lex, ius* kaynağıdır, fakat *lex*'ten gelmeyen bütün geniş bir *ius* sahası vardır. *Lex ius*'u tamamlar ve onun vasıl olamadığı yere varır.



Fakat bu arada ufukta bir organ beliriyor ki, tarih buna, içtimâî zaruretlerin icabettirdiği o yeni prensipleri vazetmek gibi kat'î bir vazife göstermişti. Bu organ da Pretor oldu. Bu, *iurisdictio* için ihdas edildi. Fakat kendisinde geniş bir inkişafın tohumları ve bütün imkânları mevcuttu. Pretor, *imperium*'u haizdir, yani kendi isteğini empoze etmek salâhiyetine maliktir; yani içtimâî vicdanın talep ettiği o yeni prensiplerin tesbitini temin edecek o hâkimiyet tasarruflarını yapabilir. Diğer cihetten de, daha dar bir manada *iurisdictio* hakkını haizdir ki, bu kendisine, hiçbir müşkülâtla karşılaşmaksızın, yeni prensipleri amelî bir surette tatbik imkânını verir. İşte Pretorun, esas teşkilât bakımından *iurisdictio*'yu haiz olmakla beraber, en cüretkâr teşriî islâhatı yapmak için birçok asırlar en mühim ve kuvvetli organı teşkil etmesi böyle vaki oluyor.

Pretor, bazılarının söyledikleri gibi, teşriî fonksiyonu göstermiş değildir: O bilâkis, içtimâî vicdanın talep ettiği ve yalnız *imperium*'u haiz bir organın meşru olarak yapabileceği o hâkimiyet tasarruflarını yapmış ve prensipler vazetmiştir.

Cümhuriyet teşkilâtının batmağa yüz tuttuğu veya tamamile düştüğü zaman bile bu organ velûd faaliyetine devam ediyor. İmparatorluk esas teşkilâtının başlangıcında, eski esasî organların yerinde Senato ile Hükümdarın hükümran oldukları zaman, bu yeni organların teşriî fonksiyon deruhte etmeleri pek tabiidir. İlk zamanlarda bunların faaliyeti nisbeten azdır, bilâkis pretorların faaliyeti çok kuvvetli bir şekilde devam ediyor. Fakat mutlak idarenin tessüsü, Senato'yu yıkıp, esasen bizim sahamızda kat'î bir faaliyette bulunmamış olan bu organı söndürdüğü halde, bu yeni makamın teşriî fonksiyonda Pretorun yerini tamamile almasını neticelendiriyor; o suretle ki, Hükümdar Devletin biricik ve en yüksek organı olarak yavaş yavaş yer bulmağa başladığı zaman, bizzat Hükümdar

bütün teşriî kuvveti kendisinde temerküz ettiriyor ve diğer herhangi bir kaynak susuyor.

Bütün bir organlar tevalisine ve bazan da bir arada mevcut olmaları haline tesadüf ediyoruz ki, bunlar, başka başka şeylere tahsis edilmiş olmakla beraber, yavaş yavaş, hususî münasebetleri tanımlayan o prensip ve akideleri tesbit vezifesini üzerlerine alıyorlar, ki bu fonksiyon için teşkilâtta spesifik bir uzuv mevcut değildir.

Teşriî müdahale lüzumu ebedidir, tıpkı içtimai değişimin ebedî olması gibi. Yeni bir prensip tesbit edilince, jürisprüdens tamamen onu işlemeğe, inkişaf ettirmeğe ve azamî derecede istismar etmeğe koyulmuştur.

Fakat her zaman olduğu gibi öyle bir noktaya varılıyor ki orada yeni teşriî bir müdahale icab ediyor. İşte *concilia*'ların ve *comitia*'ların teşriî faaliyetlerinin hiç durmaması böyle vaki oluyor. Pretor beyannamesi seneden seneye değişiyor; daimî beyanname halinde tahaccür ettiği zaman, Senato'nun ve bilâhara Hükümdarın daimî müdahalesi lüzumu duyuluyor.

Filhakika *cancilia plebis*, *comitia*, Pretor, *Senato* ve nihayet Hükümdar, asırların içinde, mübrem ameli zaruretlerin icab ettirdikleri, istedikleri o teşriî vazifeyi üzerlerine alıyorlar.



Interpretatio prudentium ile teşriî hukuk arasında, bütün klâsik devreye kadar devam eden ikilik tarihen böyle doğuyor.

İşte bu ikiliğin manâsını, münasebetlerini, ve tarihî menakibini tasrih etmek bizce mühimdir; bu ikilik, yanılmıyorsam, büyük bir kısmı itibarile Roma hukukunun akibetini ve bütün tekâmülünün sırrını içinde saklamaktadır. Bu ikilik, modern hukuk nazariyesinin *Juristenrecht* ile *gesetzliches Recht* arasında gösterdiği şeye tekabül etmiyor. *Juristenrecht*, kanunu aşmakla beraber, ancak kandan hareket edebilir. İmdi, bu kadar kesif bir *Juristenrecht* hiç şüphesiz Roma âleminde mevcuttur; teşriî metnin (kanun, beyanname, imperator emirnamesi) yanında, hukukçuların bütün bir elaborasyonu vardır ki bu, nihayet, modern bir hukukçunun teşriî bir metin üzerinde yapabileceği elaborasyondan çok aykırı değildir, ve daima, kanun olan şey, tefsir olandan ayırd edilir.

Interpretatio ise başka bir şeydir. Bu, *ius*'un otonom bir surette teşekkülüdür, hattâ, daha eski zamanlarda, biricik *ius*'tur; bina-

enaleyh *interpretatio* yalnız metod değil, fakat bilhassa hukukî özür.

Interpretatio hakikaten organik bir inkişafa malik olan mükemmel otonom bir hukukî sistemdir. Bir çok asırlar için biricik hukuktur. Müteakiben, en muhtelif organlardan gelen muazzam bir teşriî küll, gittikçe artan bir kesafetle, onun yanında yer alıyor, bazan onun üstüne çıkıyor. Bu iki sistem arasında hiç bir tarihî derivasyon yoktur. *Interpretatio* asıl ve esastır ve her halde kanundan hareket etmiyor. Ve bilmukabele kanun da *interpretatio*'nun izlerini takip etmiyor. Teşriî hukuk, daha ziyade, birbirinden farklı olan, *interpretatio*'nun kifayetsizliğinin hakikaten hissettirdiği ihtiyaçtan, yalnız Devlet otoritesinin empoze edebileceği yeni ana hatların tesbiti lüzumundan doğan otonom tarihî yeni teşekküllerden vücutte gelmiştir. İkilinin en karakteristik cephesi ihtimal şudur: Yani kanun, *interpretatio*'yu massetmiyor, bilâkis onu tamamlıyor, ve tadil ediyor. Bugün olduğu gibi *interpretatio* kanunu tazammun etmiyor; bilâkis kanun *interpretatio*'yu tazammun ediyor, çünkü bu *ius*'tur ve *ius* olarak kalıyor, ve kanun da onu tamamlamak ve tadil etmekten başka bir şey yapmıyor.

Bugün Juristenrecht veya umumiyetle Devlet faaliyetinin haricinde addedilen o hukukî saha hiç şüphesiz Devlet hukukunun hudutları üzerinde bulunmaktadır. Roma âleminde vaziyet bunun aksidir. *Jus* bilhassa *interpretatio*'dur; kanun onun yanına gelip yerleşiyor; fakat canlılıkla inkişaf ettiği zaman da *interpretatio* nun yaşamağa devam etmesine mâni olmuyor; bu sonuncusu daima zımnen *ius civile* addediliyor.

Interpretatio ile *legislasyon* arasındaki ikilik, ilk bakışta zannedileceği gibi, Devlet hukuku ile Devlete ait olmıyan hukuk arasındaki farka inhisar etmez; ve hukukun tedricî bir surette Devletleştirildiğini söylemek de, hâdisenin en derin özünü, cevherini inkişaf ettiren bir iddia olamaz, çünkü *interpretatio*'nun neticeleri Devletin kazâî organı tarafından deruhte edildiğinden, *interpretatio*'da daima bir Devlete aidiyet unsuru mevcuttur. Tezad, daha ziyade, hakikaten mantıkî ve uzvî inkişaf teşkil eden şey ile, Devletin empoze ettiği şey arasındadır.

Hukukşinasların vaziyetlerinin daha başka olduğu gözönünde tutulacak olursa tezadın mahiyeti vazıh bir surette tebarüz eder. Tabii, *concilia plebis*'lerin, Pretorların, Senato'nun, Hükümdarların teşriî teceddütleri ne ruhsuz bir insan kitlesinin, ne de, Pretor ve

Hükümdarlar gibi harp ve siyaset adamlarının buluşları değildir. Böyle olduğunu düşünmek mantıksızlık olur. Adetâ denebilir ki, perdenin arkasında bulunanlar daima hukukşinaslardır ve akli-selim ve usları sayesinde, peyderpey ortaya çıkan ameli zaruretlere tercüman olarak, âmme hukuklarına münasip islahat fısıldarlar. Vel-hasil diyebiliriz ki, *interpretatio* olsun, legislasyon olsun, bütün hukukî hareketi sevk ve idare eden hukukşinaslardır. Ve, hukukşinasın herhangi bir buluşu, zımnen de olsa, Devlet otoritesi tarafından tasvip ve kabul edilmedikçe bir kıymeti olmayacağını söylemek de aynı surette doğrudur. Binaenaleyh, jürisprüdensın faaliyeti daima Devlet otoritesininki ile beraber yürüyor. Bu iki unsur, yani fikir ve otorite, gayri-kabili tefriktirler. Fakat *interpretatio* veya legislasyon mevzu bahis olduğuna göre, bu iki mevcudiyetin vaziyetleri ile aralarındaki münasebet başka başkadırlar. *Interpretatio* sahasında, yani mantıkî ve uzvî inkişaf sahasında, Prudens hakikaten ve doğrudan doğruya *juris actor*'dur: *Interpretatio*, *ius*'tur ve magistrat da, onu kabul etmekten başka bir şey yapmaz; çünkü ciddi ve sert mantık herkes için muteber olduğu gibi magistrat için de muteberdir. Bilâkis şayet legislasyon mevzu bahis ise, yani ananevî akidelerden mantık yolile istihraç edilmeyen bir prensipi empoze etmek mevzu bahis ise, hukukçu, hükmetmek salâhiyetini haiz olmadığından kanun yaratamazsa da, uygun görülen tedbirlerin alınmasını makamlara tavsiye eder. Yani taraflar birbirinin rolünü alıyor: *Interpretatio* sahasında, Devletin faaliyetinden ve eserinden üstün hukukçuların faaliyet ve eseri tebarüz ediyor, bilâkis legislasyon hususunda ise, esas itibarile kanunun teveccüh ettiği hukukçuların otoritesi karşısında Devletin otoritesi tebarüz ediyor. Hukukî mantığı tatbik etmek mevzu bahis olduğu kadar, hukukçunun *prudencia*'sı kâfi geliyor; fakat yeni bir prensip vazetmek mevzu bahis olunca, Devletin otoritesi icabediyor.

Binaenaleyh antitezin bu derunî kıymeti vardır.

Interpretatio, hukukî prensiplerin uzvî sistemidir, onların ameli hallere mantıkî tatbikidir. Legislasyon ise, kendi isteklerini empoze etmek hukukî kudretini haiz olan o organlar tarafından onlara verilmiş olan hâkimiyet tasarrufudur.

Asırlar içindeki tekâmülünde Roma hukukunu teşkil etmiş bulunan bu iki büyük kitlenin özünü ve karakterlerini şimdi anlıyabiliriz.

Ius civile sert olmakla takbih edildi; fakat kabul ve teslim et-

mek lâzımdır ki ancak sert olabilirdi; mutalar böyle olunca netice başka türlü olamaz; diğer taraftan mantıkî bir intintaç, bilhassa sert olduğu için, tam bir şekilde ikna ediyordu. Ve *interpretatio*-nun biricik kuvveti de işte mantığın bu ciddiyet ve sertliğinden ileri geliyordu. *Jus civile*'ye yapılması mutata olan ithamlar ancak bu suretle anlaşılabilir, haklı gösterilebilirler. Şahsî icranın gaddarlığından şikâyet edilmiştir: Fakat *obligatio*, şahsın bağlanması olduktan sonra, alacaklının vecibesini yerine getirmiyen *obligatus*'a vaz'iyet etmesi pek tabii idi; bu istintaç sert ve şiddetli idi, fakat ikna ediyordu, ve binaenaleyh lüzumlu ve önüne geçilmesi muhal sayılıyordu. *Jus civile* müfrit bir şekilcilikle itham edilmiştir; fakat, hukukî neticenin, münferit ve muayyen fiillerin icrasına taallük ettiği prensipi vazedildikte, bizim itham ve reddettiğimiz şey hukukî şekil değil hukukî özdür. Bundan başka şu noktayı unutmamalıdır ki, tetkik etmekte olduğumuz devir gözönünde tutulduktaki, *ius civile*'nin, hiç sert olmayıp bilâkis tamamen normal görülmesi lâzımdı. Yalnız daha sonraki devirde, içtimaî vicdan değiştiği zaman sert görünüyor; fakat legislasyon, hassas organlarla, müdahaleye hazırır.

Ius civile'den sonraki hukukî tekâmülü, *aequitas*'ın zaferi olarak tasavvur etmek vebinnetice *ius civile* ile müteakip hukuk arasındaki tezadı da *ius* ile *aequitas* tezadı gibi göstermek zehabına düşülmüştür. Bu telâkki, hakikati tamamen aksettirmiyor. Tarihin hiç bir devri, *aequitas*'ın özünü teşkil eden şeyden asla sarfı nazar edememiştir. Böylece Çiçeron, *ius civile*'yi: «*aequitas constituta iis qui eiusdem civitatis sunt*» olarak tarif ediyor (Top. 2, 9), ve *ius civile*-nin son gayesinin, «*legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*» olduğunu söylüyor (de orat. I, 42), ve krallık devrine geçerek, *interpretatio iuris*'i «*explantatio aequitatis*» gibi telâkki ediyor (de republ. 5, 2, 3). Çiçeronun bununla *ius gentium*'a iyma etmediğine dikkat edilmelidir.

Bizzat Çiçeron, Aquilius Gallus'tan bahisle, «*iuris civilis rationem nunquam ab aequitate seiuixerit*» diyor (pro Caec. 27, 73). Tabii, «*difficile est... servare aequitatem* (de off. I, 19, 64) fakat, meşhur Curia davasında müdafaa edilen ve muzaffer olan da *aequitas*'dır; lâfzî tefsir, «*appugnare aequitatem*» sayılıyor (pro Caec. 33), ve *voluntas*'ın tefevvuku ise «*patrocinium aequitatis*» i istilzam ediyor (de orat. I, 39, 80) çünkü «*contra scriptum pro aequo et bono*» iddia ediyor (Brut. 39, 145). Ve, XII Levha Kanununundan sonra

«*finis aequi iuris*» olduğunu iddia eden Tacitus'un cümlesi, hep bir taraflı olmakla beraber ihmal edilmemelidir (Annales, 3, 27).

Şu halde *ius Quiritium* bile *aequitas* duyguları karşısında mukavemetli ve sağlam değildir. Tabii müteakip nesillere doğru görünene bu şey daha eski devirde öyle görünmez, çünkü *aequitas*'ın da bütün bir inkişaf ve tekâmülü vardır ve onun tefevvuku da, Curia davasının münakaşasından ve bütün Roma hukuku tarihinden de tebeyyün ettiği gibi, daima umumî, bilâvasıta, ve kolay değildir. Fakat bu yol, çetin olmakla beraber, kapalı ve hukukçular tarafından ihmal edilmiş değildir. Fakat, Quirit'ler hukuku müesseseleri hakkında jürisprüdensin nazarı itibara alabileceği *aequitas* yalnız, başlangıçta temkinli ve çekingen ve bilâhara tedricen daha derin ve geniş olan *interpretatio* ile tatmin edilen *aequitas*'dır. Ve o zaman, *interpretatio*'nun *aequitas*'a karşı koymadığı hallerde teşriî organlar icap eden şeyi yapıyorlar. Fakat teşriî sahada bile *aequitas*'ın zaferi bilâvasıta ve umumî değildir ve bunun sebebi de iktidarların ve hukukî vasıtaların ademi mevcudiyeti değildir - hattâ denebilir ki klâsik sistem, *indiciae bonae fidei* veya *in bonum et aequum* ile, *clausula* ve *exceptio doli* ile, *aequitas*'ın tefevvuku için lüzumundan fazla esaslar veriyordu - fakat *aequitas*'ın kat'î objektif bakımdan sarîh bir şey olmamasından ileri geliyor; bu, daha ziyade, yavaş yavaş doğan, inkişaf eden, olgunlaşan ve nihayet hukukî teşkilâta giren bir varlıktır. Binaenaleyh, tabiatile hukukçunun yapamadığını Pretor yapıyor, Pretorun yapamadığını Hükümdar yapıyor, bir devirde yapılmayan şey diğer bir devirde yapılıyor, klâsiklerin yapmadıkları Justinianus tarafından başarıyor. Yalnız, klâsik devirde *aequitas*'i muzaffer kılmak için aşılmaz maniaların mevcut olduğunu reddetmek lâzımdır. Bazı ânlarda *ius* ile *aequitas*'ın birbirine zıd bir vaziyette göründükleri çok doğrudur; fakat her hukuk tarihinin cehdini teşkil eden bir antitez geçici bir hâdisedir. Çünkü jürisprüdens, Pretor ve Hükümdarlar, *aequitas* duyguları karşısında çok hassas organlardır ve bu antitez *aequitas*'ın lehine neticeleniyor, fakat az sonra başka şekil altında ve başka mahiyette yeniden doğuyor. Hiç sonu gelmeyen bitmez tükenmez bir antitez ve sintez silsilesidir.

Interpretatio ve legislasyondan müteşekkil bu iki hukukî kitle arasındaki fark, *aequitas*'ın nazarı itibara alınıp alınmamasında değil, daha ziyade onun mahiyetinin ve yayılışının başka bir şekilde olmasıdır. *Ius civile*'deki *aequitas*, hukukçuların tamamiyle mantıkî

yolla varabilecekleri *aequitas*'dır. Legislasyonun *aequitas*'ı tabii daha geniştir; çünkü muayyen bir yaşayış kaidesinin tesbitinde teşrii organlara hiç bir hüdut konulmaz ve işte bu sebeple, *interpretatio*-nun varamıyacağı noktaya varır.

Binaenaleyh antitez, *ius* ile *aequitas* arasında değildir; (çünkü bu ancak muvakkat bir hâdise olarak veyahut tarihi tahmin ve takdir olarak mevcut olmuş bulunabilir ve bu da her devirde vaki olmuş değildir) fakat bu antitez daha ziyade hukukçuların *aequitas*'ı ile legislâtörün *aequitas*'ı arasındadır. Şu halde daima, sistemin mantikî inkişafı ile hâkimiyet tasarrufu arasındaki temel ve esas antiteze gidiyoruz.



Legislasyon, yeni prensipler koyarak, hukukçuların yeni bir faaliyetine hız veriyor; bunlar, hâlâ yaşamakta devam eden evvelki sistemleri ihmal etmeksizin, şimdi yeni kanunların tanzimi, inkişafı ve uydurulması işiyle meşguldürler; muhtelif müesseseler arasında bağlar topluyorlar ve bunları, daha umumî kategoriler içinde tanzim etmeğe çalışıyorlar; *ius civile*'yi değişmiş içtimâî zariretlere uydurmak için, legislasyonun bahsettiği vasıtaları azamî derecede istismar etmeğe muvaffak oluyorlar. Bu faaliyet eski *interpretatio*-dan daha az ehemmiyetli değildir, fakat hayli başka bir şeydir. Bu faaliyet, eski lâtin âleminin mümeyyiz vasfı olan ve modern teşkilâtta karşılığı bulunmayan *interpretatio* mefhumundan ne kadar uzaklaşırsa, evrensel hukuk tefsiri mefhumuna o derece yaklaşmış oluyor. Eski *interpretatio*, *ius*'dur; halbuki Roma hukukçularının kanunlar üzerinde yaptıkları tefsir her halde *ius* değildir; öyle ki, içtimâî vicdanda hukukşinasın otoritesi kaybolduğu zaman, ve hattâ, imperatorluk esas teşkilâtında, *Prudens*'ler tarafından hukuku yaratıcı bir faaliyetin yapılması imkânsız görüldüğü zaman *ius respondendi* ihdas ediliyor ki bu, bir zamanlar anlaşıldığı mâ-nâda *interpretatio*'nun nihayete ermesi sayılabilir.

Eski *interpretatio* yaratıcı bir mahiyeti haizdir, yenisi fehim ve idrakî bir mahiyettedir; öyle ki, birincisi yeni müesseselerin *interpretatio* yolu ile ananevî prensiplerden doğması imkânını vererek bütün olgun bir hukuk sistemini doğurduğu halde, ikincisi yalnız, herhangi bir jürisprüdens tefsirinin hukuk yaratıcısı olabileceği hudutlar içinde yaratıcıdır: Filhakika, hiçbir yeni müessesenin,

interpretatio sahasında, beyannamenin bir metninden veya bir imparator emirnamesinden neşet etmediği muhakkaktır. Bu, hukukçuların eski ananeyi devam ettirmekten âciz olduklarından veya yeni prensiplerin mantıkî bir yayılma için eskileri gibi salâhiyetli olmadıklarından ileri gelmiş değildi. Hakikat başka türlü idi: Değişmiş olan içtimâî vicdan ve *civitas*'ın inkişafı, herhalde eski ananenin devamını kolaylaştırmıyorlardı, ve bu sebeple hukukçu, *interpretatio* hususunda, *iuris actor* olabilirdi. Fakat burada da, asgarî vasiya kanunu hâkimdir: Pretora veya Hükümdara münasip islâhatı veya yeni müesseselerin tanınmasını tavsiye etmek, aynı neticeye mantıkî bir gayretle varmaktan daha basit, daha bilâvasıta ve daha pratik idi. Böylece, I inci asır hukukçularının, tasdik edilmelerini talep eden *nova negotia*'ları medenî hukuk sistemine ithal etmek için müracaat ettikleri o cüretkâr buluşlar ve eski hukukî mefhumların genişletilmesi teşebbüsleri, Pretorun bir *actio in factum* bahşetmeğe hazır olması üzerine, en iyi bir çare telâkki ediliyorlar.

Bu hususta her türlü ihtilâf ortadan kalkıyor ve Pretor, içtimâî zaruretlerle alâkadar olmakla, her türlü jürisprüdens gayretinin lüzumsuz kalması üzerine, bunu halleden de bizzat tarih oluyor. Pretor bir *actio in factum* bahşetmeğe hazır olduktan sonra, eski yaratıcı *interpretatio*'nun devamcısı olan Sabinus'un iddia ettiği gibi, trampayı ithal etmek için an'anevî satım mefhumunu niçin genişletmelidir?

İşte, gittikçe artan Legislasyonun karşısında eski *interpretatio* böyle inhitat ediyor. İmparatorluk devrinin en eski müesseseleri olup medenî hukuk prensiplerini yıkıp yerlerine geçmek derecesine kadar en geniş inkişaflarda bulunmuş olan meşrut vasiyet, asker vasiyeti, asker *peculium*'u müesseselerini tetkik edelim; hukukçuların velûd faaliyet ve eseri yalnız Hükümdarların legislasyonundan hız alıyor. Medenî hukuk tekâmülünün merhaleleri, eski *iuris auctor*'ların hatırası tarafından tayin edildiği halde bu sahada beliren isimler Hükümdarların isimleridir, ve bunlar, münakaşadan ziyade kararlar ittihaz ediyorlar. Muhakkak ki karar hususunda Hükümdarlara fikir verenler, hukukçular olmuştur; fakat hukukçu, faaliyet ve eserini devam ettirebilmek için Hükümdarın otoritesine mühtaçtır.

Ius civile mânâsında *interpretatio*, legislasyon karşısında kuruyor, zayıflıyor, fakat ölmüş bir şey değildir, ve tarihe atılmış, sürülmüş de değildir. Mantıkî ve uzvî olan eski inkişafı takip ile ilerlemediğinden, kurumuş bir dal gibi yaşamakta devam ediyor; üzerine legislasyondan fıskıran yeni filizlerin kondukları bir taraça, iri bir gövde teşkil ediyor.

Romanın hukukî tekâmülünün, sistem ve prensiplerin asırlar içinde tabakat halinde yığılması şeklinde tebarüz etmesi bu suretle izah edilir. Bu yığılmanın unsurlarını en basit ifadeye irca etmek istediğimiz takdirde, *interpretatio* ve legislasyondan bahsetmemiz icabeder. Bu teşriî tatbik, gövdenin uzvî inkişafına mâni olsa da, tamamilen kurumasına sebebiyet vermez: Ölmüş olan bir şey vardır, yaşayan bir şey vardır, ve aşular sayesinde değişen bir şey vardır. Romalılar bu sahaları birbirinden nasıl ayırdettiler? En basit ve amelî bir tarzda, hemen hemen diyebiliriz ki en öz lâtin zekâsına lâayık bir şekilde. Ne umumî ne hususî bir program beyanatı yapmadılar, hiçbir kaide ve vecize ortaya atmadılar, yaşayan kısmı ölmüş kısımdan ayırdedecek veya tebeddülü tasrih edecek hiçbir tedvin yapmadılar.

Legislasyon daima, *interpretatio*'dan ayrı, şekil itibarile müstakil kalıyor. Legislasyon bütün klâsik devirde *interpretatio*'yu nasıl massetmediyse, böylece, legislasyon, *interpretatio* ile ihtilâf halinde bulunduğu hallerde de onu şeklen asla ilga etmemiştir. *Interpretatio*'nun müessiriyeti içtimâî vicdanda o kadar köklemişti (hattâ zımnen *ius*'u ifade ediyordu.) ki teşriî bir kabul ve tasdike ihtiyacı bile yoktu; ve Romalılar da, legislasyonu ancak *interpretatio*'nun varamadığı nokta ve hallerde işe yaradığını pekâlâ anlıyorlardı. Fesih ve ilga meselesine gelince, muhakkaktır ki legislasyon, *interpretatio*'nun, kendisile tezat halinde bulunan kısmını asla şeklen ilga etmiyor. Roma âleminin hakikaten karakteristik olup başka milletlerde tesadüf edilmeyen bir hâdisesi karşısında bulunuyoruz.

İhtiyar ağacın gövdesi üzerinde yaşayan şeyi ölmüş olandan tefrike medar olan şey şekli beyanat olmayıp günlük hukuk tatbikatı idi, ve yeni prensiplerin aşılmasına dikkatle nezaret eden unsur da hukukçuların bilgin faaliyet ve eseri idi.

Muhteşem *interpretatio*'da hâlâ yaşayan bir çok şey mevcuttur: *ius gentium*'u hatırlatmak kâfidir. Fakat *ius gentium*'un da hepsi ölmüş değildir.

Eski müesseselerin temel mefhumları yeni prensiplerin zemini ni teşkil ediyorlar: *Dominium, servitus, obligatio, hereditas* mefhumları, yeni vaziyetler içinde olmakla beraber, ve teşriî yeniliklerin bazan onların bünyesini değiştirmiş olmasına rağmen, tamamile red ve inkâr edilmiyorlar. Ve bundan başka, hukukî öz de, legislasyonun dokunmamış olduğu bütün o sahada yaşamağa devam ediyor.

Hiç şüphesiz ölmüş olan kısımlar çoktur; fakat şeklen fesih ve ilga keyfiyeti ancak Instinianus zamanında, veyahut hiç olmazsa Aşağı İmperatorluk legislasyonları zamanında vaki oluyor. İhtimal, Romalıların ananeye hürmetleri ve şekli sebepler böyle bir fesih ve ilgaya mâni oluyorlardı; fakat bu, tatbikatta lüzumsuzdu. Hakikat ve şeniye daima bağlı bulunan, herhangi bir mücerridlikten çekingen olan Romalılar pekâlâ ve biz tarihçilerden daha iyi anlıyorlardı ki, hukukun tatbiki işle tanzif edilmiş olan organların kuvveti, yeni teşriî prensipler an'anevî prensiplerle gayri kabili telif oldukları takdirde, yeni prensiplerin nihayet tefevvukunu neticelendiriyordu, ve herhangi bir umumî beyan ve ifade de lüzumsuzdu ve tehlikeli de olabilirdi: Böylece, medenî hukuk davası *exceptio* ile bir arada yaşıyor ve bu onu yıkıyor, medenî hukuk *hereditas'ı bonorum possessio* ile bir arada yaşıyor ve bu onu gayri kabili tatbik bir hale sokuyor, *dominium* da *in bonis* ile bir arada bulunabiliyor, ilh. Hiç kimse, birbirine zıd iki sistemin mer'î olduğunu düşünmiyecektir. Çünkü, filiyatta tefevvuk eden hukuk daima son hukuk idi, ve şurası da aynı derecede muhakkaktır ki, bütün klâsik devirde, legislasyonla *interpretatio* arasında tezat olduğu hallerde legislasyonun *interpretatio'yu* ilga ettiği işitilmemiştir, hattâ hukukçular - hiç olmazsa Pretor legislasyonu hususunda, - bunun aksini beyan ediyor.

İhtiyar ağaç kütüğünde, legislasyonun tesbit etmiş olduğu ve yeni istikametler alınmasına medar olup hukukçulara yeni ve kudretli vasıtalar veren yeni prensiplerin tesiri altında değişmiş olan birçok şeyler mevcuttur. Böylece, *ius civile'yi* içtimaî vicdana uygun kılmak için, *ius civile'nin* sertliklerini izale için *exceptio doli* en kuvvetli vasıta oluyor. Hukukçular legislasyonun yeni prensiplerini medenî hukuk sistemine sokmağa çalışıyorlar, öyle ki bu prensiplerin *ius civile* sahasında da faaliyette bulunabilmelerine çalışıyor. Böylece, *ius gentium*, Pretor hukuku ve imparatorluk hukuku akidelerinde muteber olan *voluntas'ın* nazarı itibara alınması, *exceptio*

tio'nun yardımı ile de olsa, Quiritler hukuku akitleri sahasına teşmil edilmek isteniliyor; bu suretle *stipulatio* ile *mancipatio* eski bünye ve mahiyetlerini muhafaza etmiyorlar. Medeni hukuktaki vasiyet, Pretor hukuku vasiyetnamesinin faideli tesiri altında kalıyor. *Exceptio* ve *actione utiles*'ler, *servitus*'ların eski sert bünyesini değiştiriyorlar. S.-C. Neronianum'un bir hükmü resmi ve aleni hibe şekillerinin terk edilmesini neticelendiriyor, ve bu, meşrut vasiyetin daha serbest ve daha geniş şekline uyduruluyor.

*
**

Interpretatio ile legislasyon arasındaki antitez iptida *ius civile* ile *lex* arasındaki antitezi hatırlatır ki, *civilis* ile *legitimus* arasındaki tefrik de buradan gelmektedir: *civilis*, *interpretatio*'dan çıkan her şeydir; *legitimus*, *lex*'ten çıkan, gelen şeydir. Fakat eski *interpretatio* kurdukça ve kanun da tefevvuk ettikçe antitez, tezdad, tedrici bir surette hukukî sistemin vahdeti içinde kaybolmağa doğru gidiyor, öyle ki, *civilis* ile *legitimus* aynı şey haline geliyorlar. *Ius* ile *lex*'in hareket yolları başka başkadırlar, hukukçuların vaziyetleri ve faaliyetleri başka başkadır, fakat *interpretatio* hukuk olduğu gibi legislasyon da hukuktur. Binaenaleyh, ananevî olarak *interpretatio* mânâsında anlaşılan *ius civile*, legislasyonu ihtiva edinceye kadar genişliyen bir kategoridir. *Ius civile*'yi, cemiyet hayatında içinden hakların ve vecibelerin çıktığı, doğduğu herhangi bir varlık olarak telâkki eden ve binaenaleyh *res iudicatae*'lerin *mores*-lerin, *aequitas*'ın yanında, karma karışık bir surette *leges*, *senatus-consulta*, *auctoritas prudentium*, ve *edicta magistratum*'u koyabilen Çiçeronun çok geniş ve etraflı beyanatını (Top. 5, 28) bir tarafa bırakalım. Tamam olmaması sebebiyle Isidorus'un «*omne autem ius legibus et moribus constat*» şeklindeki beyanatını da (Etym 5, 3, 2) bir tarafa bırakalım. Fakat, Roma ananesinin bu hususta sarıh bir birleşme kaydetmemesine rağmen, *lex*'lerin *ius civile*'ye ithali muhakkaktır; Gaius şöyle iddia ediyor: «*constant iura populi romani ex legibus plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius dicendi habent, responsis prudentium*» (I, 2) ve bu muhtelif kaynakların kısa bir izahile iktifa ediyor (3-7). Şayet bu kısımda tagyir edilmiş değilse, *obligatio*'nun meşhur tarifi «*iura civitatis*» ten bahsediyor (Inst. 3, 13 pr.). Pomponius da, başka bir yerde Pretor hukukuna karşı *ius solemne* veya *lex*'i (pr.

27, D. 50, 17) koyduğu halde münferit kaynakları sıralıyarak zikrediyor (pr. I, 12, D. I, 2). Fakat, her halde Roma hukukçuları tarafından pek sevilmiyen sistem tanzimleri bir tarafa bırakılacak olursa, *lex*'lerden doğan dava haklarının medenî hukuk davaları olduğuna şüphe edilmiyor, ve muhtelif *lex*'ler tarafından tanınmış, kabul edilmiş olan müesseselerin *ius civile* kitaplarında gözden geçirilmiş oldukları muhakkaktır.

Ius civile kategorisinde teşriî kaynakların sarîh bir tanzimine yalnız Papinianus'ta tesadüf ediliyor; mumaileyh şöyle söylüyor: «*Ius antem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*» (Fr. 7, pr. D. I. 1). Şu halde *ius civile*, *ius honorarium*'dan mâda bütün kaynakları ihtiva ediyor. *Interpretatio* ile legisasyon arasındaki tarihî antitez, zıddiyet, *ius civile*'nin profili altında ortadan kalkıyor; fakat, legisasyon ve günlük hukukî hayatın büyük bir kısmını teşkil eden bir tek teşriî kaynak, yani magistratların beyannamesi, dışarıda kalıyor. Tamamîle gayri mütecanis ve birbirinden çok uzak ve farklı bütün teşriî kaynaklar *ius civile*'ye dahildirler; yalnız *ius honorarium* hariçte kalıyor. Dikkat edilsin ki burada iki kategori mevzuubahis değildir, çünkü *ius honorarium* bir tek şeydir; *ius honorarium*, bazı esaslara tevfikân başka bir kategoriye, başka kaynaklarla bir araya konulmak istenilmiyor, bilâkis *ius honorarium*, hukukun diğer bütün kaynaklarından tefrik edilmek isteniliyor.

Bunun hariç tutulması her halde illî değildir, çünkü *ius civile* ile *ius honorarium* arasındaki antitez Roma hukukunun bütün tarihinde hâkimdir: Wlassak'ın dediği gibi bunlar, Roma hukukunun müteşekkil bulunduğu iki yarımdırlar. O zaman önümüze şu mesele çıkıyor: Bu hariç bırakmanın sebebi nedir? Bu ikilik niçin ilelebet devam ediyor? Niçin *interpretatio* ile legisasyon arasındaki antitez ortadan kaldırılırken *ius honorarium* hariçte bırakılıyor? Kaynaklarda atılan her adımda *ius civile* - *ius honorarium* antitezine tesadüf edilmesi dolayısıyla bunlar sükûtle geçiştirilecek meseleler değildir.

Ananeyi imdada çağırarak fayda vermez, çünkü, dediğimiz gibi, hiçbir sistem tanziminin ananevî olduğu söylenemez, ve umumiyetle iddia edildiği gibi zıddiyet, prenslik devrinde, silineceği yerde gittikçe tebarüz ediyor; diğer cihetten Papinianus *ius civile*'ye, *plebiscita* gibi pek eski kaynakları ve *constitutiones* gibi pek yenilerini ithal ediyor. O halde, bütün hukukun en büyük kısmını teş-

kil eden ve buna ilâveten Hadrianus'un beyannamesinde kat'î ve nihai bir şekil almış olan *ius honorarium* niçin hariçte bırakılsın? Sadece hukukun dahili bir taksimi mevzuubahis olduğunu söylemek, tarihî şeniyet karşısında gözlerimizi kapamak demektir: Roma hukukçularının bir gün - ne gibi bir fayda düşüncesile ve hangi zaruretle, bilmiyoruz - hukuku mükemmel bir surette âdeta hendesî iki parçaya taksim etmiş oldukları fikrini kabul etmemiz lâzım gelecektir; bu iki parça da *ius civile* ile *ius honorarium*'dur. Tarihî hakikat bunun aksidir; birlik, hareket noktası değil, bilâkis sistem halinde tanzimin neticesidir; ve, haricen taksim gibi görünen şey de, hukukun mühim bir kısmının dışarıda kalmasından ileri gelmektedir. Hukukçular, yalnız *ius honorarium*'u hariçte bırakarak, *ius civile*'nin profili altında bir tanzim yapmak istiyorlar.

Şu halde antitez artık *interpretatio* ile *lex* arasında değil, bilâkis *ius civile* ile *ius honorarium* arasındadır.

Bu da şunu gösterir ki, Romalılar, bir tarafta *interpretatio* ve diğer tarafta da *leges*, *senatusconsulta*, ve *constitutiones* olmak üzere bu iki taraf arasında benzerlikler bularak bu varlıkları *ius civile* kategorisine ithal edebiliyorlar ve *ius honorarium*'un da *ius civile* e ithali mümkün olmayacak derecede farklar arzettiğini hissediyorlar. Bu farkın bir deliline yine, *ius honorarium*'un, *ius «non minus recte»* tesmiye edildiğini söyleyen Paulus'un sözlerinde tesadüf edilebilir (fr. II. D. I, 1).

Magistrat'ların beyannamesi, bilhassa kat'î ve nihai şeklinde, her halde kanundur, fakat Romalılara, diğer kanunlardan daha başka bir şekilde görünmektedir. Bu fark neden ileri geliyor? Teşriî kuvvetin meşrutiliğinden ileri gelmiyor, çünkü, dediğim gibi, Roma âleminde hiç bir organın, hususî hukuk sahasında kat'î ve sarîh bir teşriî fonksiyonu yoktur: *concilia Plebis* ve *Senatus* ne derecede teşriî organ olmuşlarsa Pretor da o kadar az teşriî organdır; halbuki plebisitler ve *senatus consultum*'lar *ius civile*'nin kaynaklarıdır, fakat hukukçular, hiç tereddüt etmeden, Pretor hakkında, «*Praetor heredes facere non potest*» diyorlar; hattâ Gaius'un Senato için işaret ettiği münakaşalar Pretor için bile yapılmıyorlar. Bundan başka Pretor, *imperium*'u haiz bir magistrat'tır, yani nihayet hükümdarın kudretine benzer bir kudreti haizdir; velhasıl ne *concilia plebis*'lerin, ne *comitia*'ların ve ne de *Prudens*'lerin her halde malik olmadıkları bir kudrete maliktir: halbuki *Prudens*'lerin en sonuncusu *iuris auctor* olabilir; *Senatus*'un mütalâası *ius civile*

teşkil ediyor; fakat Pretor, bütün arma ve nişanlarına rağmen, *Prudens*'lerden veya Senato'dan çıkacak hukukla mukayese edilebilecek bir hukukî varlık yaratamıyor.

Bu takdirde Pretor beyannamesinin kanun olduğunu, fakat kendine mahsus, diğer bütün kanunlardan farklı olduğunu kabul etmek lâzımdır; bu farkın sebebi de haricî değil esasîdir, yani öz ve ruha mütealliktir, ve diğer bir sebebi de bunun, Çiçeron'un dediği gibi bir seneye mahsus bir kanun (*lex annua*) olması değil (çünkü daimî beyannamenin neşrinden sonra böyle bir sebep ortadan kalkmış olacaktı), bilâkis bizzat Pretor sistemine taallûk etmesidir.

Ius praetorium hakikaten başka, hususî bir şeydir. *Ius honorarium* mefhumu biz modernler tarafından güç kavranabilir, çünkü Roma Pretoru gibi karakteristik bir organa modern hukuk âleminde tesadüf edilmez ve bizim zihniyetimize uymaz.

Pretor hukuku evvelemerde, bir kuvvet ve salâhiyeti kâmileyi haiz olma vasıf ve mahiyetini arzeder ki, bu *ius civile* için meçhuldür. Lex Cornelia ve daimî beyannameden sonra da, ve pek sık tesadüf edilen *causae cognitio* hususunda sarîh bir kayıd da mevcut olmaksızın, hiç bir Roma hukukçusu, *actio*, *exceptio*, *restitutio*, *in integrum*, *bonorum possessio* müesseselerinin mihanikî bir surette tatbik edeceklerini asla düşünmemiştir. Paulus'un, «*Praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita Praetor fecit, sed ad illud quod praetorem focere convenit*» (fr. II. D. I, 1) sözleriyle bu kuvvet ve salâhiyeti kâmileye iyma ettiğini zannediyorum. Acaba bu «*inique decernere*», Paulus zamanında ne olabilir? Her halde yeni beyannamelere iyma edilmiyor, çünkü daimî beyannameden sonra böyle bir ihtimal varid değildir, fakat daha ziyade, beyannamenin müşahhas tatbiki mevzuubahs olabilir.

Fakat bu kuvvet ve salâhiyeti kâmile mahiyetini nazarı itibara almasak dahi, kanun, adliye makinesi vasıtasile de, münferit hal ve vak'aya derhal tatbik edilebildiği halde, beyanname her halde derhal doğrudan doğruya tatbik edilebilecek bir mahiyette değildir. Pretorun, beyannamede vadedilmiş olan hukukî vasıtaları, müşahhas olarak, bahşetmesi lâzımdır: *iudicium dabo*, *restituam*, *vim fieri veto* gibi ibareler bunu ifade ederler. Beyanname kanun değildir, müşahhas vak'aya hukukî vasıtalar bahşedildiğine dair bir vaatittir. Şu halde bu vadin, müessir olabilmesi için, tatbik edilmesi lâ-

zımdır. Pretor, beyannamede vadedilmiş olan şeyleri her hal ve vak'ada ayrı ayrı bahşetmedikçe, bu husustaki hükümlerin kıymeti olamaz; beyanname kanundur, fakat tatbik edilebilmesi için daima Pretorun hareketi lâzımdır. Bu husustaki ıstılahlar çok manidardırlar: *ius civile*'deki *competere*'ye karşılık olarak Pretor vasıtaları hususunda *dare* tabiri kullanılır; bütün Pretor vasıtaları, Gaius'un *actio*'lar için dediği gibi, «*ex propria iurisdictione pendent*» (4, 11). Beyanname ile bunun tatbiki arasında, elzem mütevassıt bir organ vardır ki bu Pretordur; kanunla tatbiki arasında mütevassıt bir muamele vardır ki bu da Pretorun bir *decretum*'udur. *Ius civile* sahasında Pretor, *ius dicit*, ve *iurisdicitio* da muhakemenin yapılmasını tazammun eder; fakat Pretor hukuku sahasında, muhakemenin yapılmasından başka bir *prius* vardır ki bu da müşahhas hal ve vak'aya bir dava hakkı vermektir (*dare actionem*).

Bu nokta tesbit edildikten sonra, nasıl *ius honorarium*'un, bu mühim logistasyonun, hariçte bırakıldığı, hattâ *ius civile*'ye karşı konulduğu anlaşılabilir. *Ius civile*, bütün muhtelif kaynaklarında, herhangi bir kuvvet ve salâhiyeti kâmile unsurundan ayrılmış bir normatif umumî hükmü tazammun eder. Beyanname ise, Pretor tarafından müşahhas hale tatbik edilebilecek bir çok hükümlerden müteşekkildir. Böylece daha başlangıçta *ius* ile Pretor karşı karşıya konuluyor: birincisi objektif bir varlıktır, ikincisi faaliyette bulunan şahıstır. *Ius honorarium*'u magistratın isteğine tâbi olmak mecburiyetinden kurtarmak hususundaki temayül çok manidardır. Lex Cornelia ile daimî beyanname, ve *ius praetorium*'un, *ius civile*'ye kısmen ithali bu temayülün tezahürlerindendir: *ius gentium*'un, *Praetor peregrinus*'un *iurisdictionis*'undan doğduğu doğru ise, bu çok eski *ius honorarium*, *ius civile*'ye nakledildi, aktarıldı; bilâhare, ida ve iare akidlerinde olduğu gibi, *ius honorarium*, *ius civile*'ye kabul ediliyor ve çifte formüllerin yapılmasına saik oluyor. *Nova negotia*'ların tanınması meselesi, ve bazı hukukçuların, Pretora *in factum*, davaları tavsiye edecek yerde *ius civile*'nin dairesini genişletmek hususundaki gayretleri, nazari mülâhazalardan değil, bilâkis hukuku muayyen ve objektif kılmak, yani kanun yapan organın faaliyetine tâbi kılmamak isteklerinden ileri geliyordu. Pretor müesseselerinin *ius civile* tarafından massedilmesi işine niçin devam edilmediğini, yalnız, münferit müesseselerin, burada yapılması kabil olmayan derin bir tetkiki bize izah edebilir.

Bu mülâhazalar, yalnız *ius honorarium*'un *ius civile* sahasına dahil olmadığını değil, ayrıca, bu ikiliğin devam ettiğini ve hukukçuların bu meseleyi halle niçin tevessül etmediklerini izah ederler. Müşahhas hakikat, şeniyeti anlamağa yaramayan o mücerredliklere karşı hukukçuların çekingen davranmaları hâdiseyi izaha kâfi değildirler: hâdisenin daha ziyade dahili sebepleri vardır. İkiliğin en zâhir olan tarafını, yani iki teşkilât arasındaki zıddiyete müteallik olanı ele alalım. Niçin hukukçular, bu zıddiyeti (*actio - exceptio - restitutio in integrum; heres - bonorum possessor, ilh, ilh.*) yalnız kaydetmekle iktifa ediyorlar da, yalnız Pretor hukukunun prensipinin muteber olduğunu beyan ederek, bunu halletmeğe çalışmıyorlar? Pretorun hukuku yaratamayacağı ve binaenaleyh onu fesh ve ilga edemeyeceği kaidesi neyi ifade eder? Bunun izahı şimdi çok basit görünüyor. Pretor hukuk yaratmıyor, çünkü yalnız kendisinin faaliyetile müşahhas bir surette tatbik edilebilen akideler tesbit ediyor. Bir kanun, başka bir kanunun müessiriyetini ortadan kaldırdığı halde, *ius honorarium* kanunun müessiriyetini umumî olarak veya bir programa göre kaldırmıyor, bilâkis müşahhas halde, yani hukukun adli tatbikatında kaldırıyor. Binaenaleyh fesih ve ilga mevzuubahs olamazdı: *ius civile*'nin pretor hukukuna zıt olduğu hallerde *ius civile*'nin ilga edildiği ve pretor hukukunun mer'iyet mevkiinde olduğu söylenemezdi, çünkü hazfetme keyfiyeti mücerret bir surette değil müşahhas bir surette, yani yalnız magistratın, derpiş edilen hukukî vasıtayı bahşetmesile vaki oluyordu. Hile veya cebir ve şiddet altında akdedilmiş olmasına rağmen akdi muteber olmayan medenî hukuk prensipi ile, *exceptio* ve *restitutio in integrum* bahşeden pretor sistemi arasındaki çarpışmadan, akdin hükümsüzlüğü umumî prensipi doğmuyordu, çünkü butlân ancak, Pretorun bu vasıtaları müşahhas hale bahşetmiş olması halinde vaki oluyordu; ve bilmukabele müessiriyet hakkındaki medenî hukuk prensipi de, Pretorun mezkûr vasıtaları bahşetmemesi halinde muteber oluyordu. *Heres*, musinin veya kanunun daveti üzerine *heres*'dir, ve *successio*'nun bütün neticelerinin tahakkuku için mumaileyhin *aditio*'da teşahhus eden isteği kâfidir; bilâkis beyannamede tayin edilmiş olan şartlar içinde bulunan kimse, Pretordan *bonorum possessio* istemek mecburiyetindedir, ve bunun ona bu hakkı bahşetmesi icap eder. O halde *heres* ile *bonorum possessor*'u aynı zemin üzerine nasıl koyabiliriz?

O halde umumî değil, ancak müşahhas haller için bir hazfetme

keyfiyeti mevzuubahs olabilir. Ve binaenaleyh kanunun hiçbir fesih ve ilgası da mevzuubahs değildir. Prensip, Roma hukukunun bütün sırları izah edilmek istenildiği zaman kullanılmış iki eski klişe olan şekilcilik ve an'aneye istinat etmiyor, bilâkis hukukî şeniyeti tam bir şekilde aksediyor. Meselenin haline ve aşılmasına ancak Pretor hukuku tamamile kanun halini aldığı zaman, yani, *imperium*-dan ayrılması mümkün olmayan o kuvvet ve salâhiyeti kâmile nihayet bulduğu zaman varılabılırdi. Fakat bu ancak postklâsik devirde, yani Roma magistratı mefhumu kaybedildiği zaman vaki olabilirdi.



Teşriî hukuk, ihtiyar gövdeye yeni lenfa, yeni unsurlar zerkinе saik oluyor.

Bu muazzam teşriî kitlenin bir kısmı mer'iyetten çıkmıştı, ve bizzat Roma hukuku sahasında veya müteakıp devirde, düştü; bunlar, hususî bir takım ahval sebeble meydana gelmiş olup, alâkadar oldukları ve hallettikleri münferit hal ve meseleler için mahdut bir müddet yaşamış olan hükümlerdir. Her teşkilâtın, peyderpey düşen cürufu, kırıntı ve döküntüleri vardır; plebisitlerden, kanunlardan, âyan meclisi kararlarından ve imperator emirnamelerinden müteşekkil muazzam kitlelerin bir çok kısımları tarihe karışmıştır.

Fakat bu legislasyonun büyük bir kısmında yaşama kabiliyeti vardı ve muazzam bir inkişafa namzetti. Hattâ bu kısım, eski lâtin mefhumlarile modern hukuk arasında tarihi irtibatı teşkil eder Medeni hukuk mefhumları en mükemmel mantığı ifade ederler, fakat ihtimal bizim hukukî zihniyetimizden çok uzaktırlar. Bilâkis Roma hukukunda hakikaten yeni ve modern olarak ne varsa evvelâ *ius gentium*'dan ve sonra da Pretor hukuku ile imperatorluk hukukundan gelmiştir. Bunlar, kâffesi *ius civile*'nin varmış olduğu o uzvî inkişafı bulmuş olmayan hükümlerdir; bunlar zaman zaman, bazan (bilhassa imperator hükümleri) muğlâk bir surette veya münferit haller için ortaya çıkarlar, fakat yeni istikametlerin velûd tohumlarını teşkil ederler.

Hakikaten pek şayanı dikkat olan bazı noktalar hariç, bu teşriî unsurların ehemmiyeti modern romanistler tarafından lâyıkı veçhile tebarüz ettirilmiş değildir. Hattâ bazan, Pretorlara ve Hükümdarlara aid olan şeyler, Iustinianus'un yenilikleri gibi gösteri-

liyor. Böylece meselâ, Roma hukuku tetkikçileri, kompilyonda bol bir derecede bulunan o zengin *in factum* ve faideli davalar serisine karşı husumetkâr bir tavır alıyorlar. Fakat unutuluyor ki, tamamilen mantık ve ahenkten müteşekkil olan medenî hukuk sisteminde mantıksızlıkların ve aykırılıkların mevcudiyeti tasavvur edilemezse de, teşriî bir inhiraf mümkündür: yani, Pretorun veya Hükümdarın, hal ve maslahat sebeble, medenî hukuk sistemile tezatta bile olabilecek dava hakları bahşetmiş olmaları red ve inkâr edilemez.

Bu nokta hakkında tenkit, yanlış bir yol üzerinde bulunuyor: Pretorun medenî hukuku takip ettiği veya inkişaf ettirdiği tahmin ediliyor, ve bu sebeple, *ius civile*'nin umumî hatlarıyla uzlaşmayan şeylerin klâsik devreye ait olmayıp Iustinianus'tan geldikleri neticesine varılıyor. Böyle bir neticeye varmakta acele ediliyor, çünkü Pretor hukukunun tevsike muhtaç olmayan ve geniş bir surette yenileştirici olan bütün kuvveti göz önünde tutulmamıştır.

Yalnız Gaius, davaların müruru zamana uğraması hususunda, Pretorun «*aliquando imitatur ius legitimum*» olduğunu söylüyor (4, III) ve hususî bir karar için Paulus: «*Princeps imitatus sit ius*» diyor (fr. 43 pr. D. 28, 6). Ve Pretor ve imperatorluk hukuku *ius civile* ile tezdad teşkil etmeyip, bilâkis onun noksanlarını tamamladıkları ve sistemi ikmal ettikleri yerlerde de, mantıkan *ius civile*'nin direktiflerine bağlanmayan yeni direktiflerden hareket edildiği muhakkaktır. O halde niçin, *ius civile*'yi altüst edecek cür'etkâr bir yeniliğe, bazı *actio in factum*'lara, bazı *exceptio*'lara niçin hayret edelim? Pretor bütün *ab intestato* tevarüs sistemini altüst ettikten sonra, irtifak veya vecibeler sahasında *ius civile*'nin sistemine muhalif olan şeyleri kabulünde hayret edilecek bir cihet var mıdır? Bu hallerde, teşriî bir müdahale mevcut olduğunu söyleyeceğiz: bu, ifade edebileceğimiz kat'î neticedir; yalnız derin araştırmalar bunun Pretordan mı, yoksa Iustinianus'tan mı geldiğini ortaya koyabileceklerdir.

Bununla, interpolasyonları inkâr etmek istemiyorum; bilâkis şunu söylerim ki, bir kararın, sadece *ius civile* prensiplerinden inhiraf ettiği için, Iustinianus'tan geldiği neticesine varmamak lâzımdır.

Romanın hukukî müesseseleri, kompilyonda görüldükleri şekilde, umumiyetle iki veçhe arzederler: biri ciddiyetle mantıkî ve uzvidir, diğeri daha az sert, ameli zaruretlere daha uygundur, uzvi bir şekilde evvelkile karışmış değildir. Teşriî bir teceddüt karşı-

sında bulunduğumuza şüphe yoktur; tefsir sahasının haricindeyiz, çünkü, bu mutalardan hareketle mantıkan o neticeye varılamazdı. Kat'iyetle söylenebilecek şey budur. Fakat tenkit ve tahlil daha ileriye gidip, müessesenin bu ikinci veçhesini Iustinianus'a atfediyor; hattâ, ahenksizlikler ve mantıksızlıklar müşahedesi, tenkidin temel kaidesi, ihtimal en emin kaidesi derecesine yükseltildi. Fakat şimdi netice münferit gibi görünüyor. Ahenksizlikler ve mantıksızlıklar müşahedesi yalnız menfi neticeye sevkedebilir; yani *ius civile* mevzuubahs olmadığı neticesine. Fakat bundan, klâsik olmayan bir prensip mevzuubahs olduğu neticesi çıkamaz: *interpretatio prudentium* ile Iustinianus arasında ihmal edemeyeceğimiz bütün bir legislasyon, Pretorun ve Hükümdarların legislasyonu vardır. Ve, Prudens'lerin *interpretatio* sahasında, yani mantıkî yolla, yapamadıklarını, Pretor ve Hükümdarlar, otorite vasıtasile, pek âlâ yapabilirlerdi.

Bu bakımdan Pretor hukukunun ve İmperator hukukunun daha üzerlerinde araştırmalar ve keşifler yapılabilecek bir vaziyette oldukları fikrindeyim. Bunlar, hâdisenin umumî olduğunun farkına varılmaksızın, parça parça ve yalnız bazı noktalarında tenkit edilmiştir.

Peyderpey imparator mukarreratı ile tamamlanan Pretor miras sisteminin bütün yeniliği tebarüz ettirildi; fakat tarihçiler bu keyfiyetin mülkiyet, irtifak, borçlar, vasiyet, aile hususlarında da vaki olabildiğinin farkına varmamışlardır.

Pretor hukukunun, Digestlere alınmış olması dolayısıyla, temel müesseselerinde atlanması ve geçilmesi kabil olmadıysa da, İmperator kanunları, hümanistlerden beri, çok defalar ve memnuniyetle bir tarafa atılmışlardır. Cujacius, Paulus'un *libri ad edictum*'ununun şerhinin mukaddimesinde, skolastik sebeplerle Codex'in bazı kitaplarını gözden geçirdikten sonra, jürisprüdensin tetkikine avdetle, itiraf ediyor ki: «*iucundior mihi fuit tractatio iuris quam, constitutionum, quia et eadem multo plus acuminis et eruditionis, multum plus nervorum et momenti*» (Eserleri, V, 2). Modern hukukçuların fikirleri bundan farklı değildir: bunlar, kıymetsiz bir mahsul sayılan İmperator kanunlarından ziyade jürisprüdense karşı kendilerinde bir meyil görüyorlar. Pandektlerle Institüsyonların, Theodosius Justinianus kodekslerinden daha fazla tetkik edilmiş olmaları bir vakiyadır. Bununla beraber, İmperator kanunları en büyük amelî ehemmiyeti haiz oldular ve her halde jürisprüdens-

ten daha mühim oldular, ki esasen, gerek Theodosius gerekse Justinianus tarafından en mübrem ihtiyaç, hukukun en canlı ve en ameli kısmını ihtiva etmeleri sebebile, bir İmperator kanunları toplaması için duyuluyor.

Son asırda yapılan Roma hukuku tetkikleri, Roma hukukunun *bütün* canlı şeniyetini aksettirmekten hayli uzaktırlar. Filhakika, Pandekt tedkikleri yalnız Roma hukukunun devamını gösterirler, ve Instinianus hukukundan, yani Roma hukukunun tekâmülünün son safhasından hareket ederler. En son tetkikler, modern tarihi ve tahlili araştırmaların neticelerini azamî derecede istismar etmişlerdir; fakat bunlar, nihayet, *ius civile*'yi aksettirmekten başka bir şey yapmazlar. Pretor ve Hükümdarlar tezyini unsurlar olarak ve bazan da *ius civile*'nin ciddî hatlarının bozucuları olarak görünüyorlar. Komplasyonun sathına çıkan o gürültülü haller hariç, Pretor ve İmperator sistemi, *ius civile*'yi kemirici ve yıkıcı kuvveti hususunda kâfi derecede takdir edilmedi, ve, eski sisteme karşı ortaya çıkan bu yeni sistemlerin çarpışmasının hukukî hayattaki neticesinin neden ibaret olduğu tetkik edilmedi.

Ben şu fikirdeyim ki Pretorun ve Hükümdarların tesiri hususî hukukun bütün sahalarında muazzam olmuştur ve İmperator emirnameleri Polingenesia'sı hazırlandığı ve böylece Hükümdarların teşriî faaliyetlerinin heyeti mecmuası elimizde bulunduğu zaman, bunun arzettiği bütün yeni unsurların tam bir surette takdiri kabil olacaktır. Sık sık, yeni keşifler karşısında kalacağımıza eminim. Ve şayet Palingenesia'nın yanında, emirnamelerin madde itibarile taksim edilmiş bir indeksi de yapılabilirse, elimizde, her bir müessese için İmperator mevzuatının muazzam kitlesi bulunacaktır.

Roma hukuku araştırmalarının, her bir müessese için, Pretor ve İmperator hukukunun sistemli ve derin keşiflerine doğru gitmesini lüzumlu sayıyorum. Bizim malûmatımızın derecesi ve elimizde mevcut metodlar şimdi, etrafında muasır ilmin boş yere yorulduğu muhtelif tarihi meseleleri daha sağlam temeller üzerinde halletmek imkânını vermeleri dolayısıyla bir çok bakımlardan bana çok büyük bir ehemmiyeti haiz görünen bu araştırmaları müsait kılmaktadır.

Bunlar evvelemerde canlı şeniyetinde klâsik hukukun tanınmasına yararlar. Beyanmaları, Pretor davalarını ve İmperator mukarreratını zikretmek kâfi değildir; hukukun şeniyetinin bu yeni-

likler karşısında nasıl bir vaziyet aldığıını tayin etmek ve aynı zamanda bunların inkişaf imkânlarını tartmak lâzımdır.

Fikrimi izah için bir kaç misal hatırlatıyorum: Roma hukukunda satımın mülkiyeti nakletmediğini ve satıcı için mülkiyeti nakil mecburiyetini bile tazammun etmediğini herkes öğretmektedir; satıcı yalnız, *trodere ut babere liceat* mecburiyetindedir; ve bu münasebetle, Roma hukukundaki satım ile modern satım arasındaki derin fark tebarüz ettirilmektedir. Bütün bunlar *ius civile* için pek doğrudurlar; fakat tarihçiler, yalnız *ius civile*'ye ait bir sistemi *Romaya ait* gibi tavsif hatasında bulunmuşlardır. Bazı Pretor yeniliklerinin esas itibarile medeni hukuk prensipini tadil edebildiği göz önünde tutulmamıştır. *Actio Publiciana* her halde kimsenin meçhulü değildir; fakat bunun ihdasının, medeni hukuk prensipini kökünden tadil ettiğine dikkat edilmedi. Filhakika, satımdan doğan vecibenin yerine getirilmesi için kendisine şeyin teslim edildiği alıcının hiç tereddütsüz *Actio Publiciana*'yı kullanması sarahatle anlaşılabilir; hattâ bu dava hakkının bilhassa bu maksatla, yani medeni hukuk sisteminde satım için mevcut olmayan o aynı neticeleri bahşetmek için, ihdas edildiği fikrindeyim; fakat her halde, kendisine şeyin *traditio*'su yapılmış olan alıcının, bu dava hakkını kullanabileceği vazıhtır, ki bu da klâsik satımın bir şeniyet unsuruna malik olduğunu ifade eder. Binaenaleyh satımın sırf bağlayıcı bir netice doğurduğu prensipi medeni hukuk sisteminde doğru ve gayri kabili münakaşadır, fakat Pretor sisteminde böyle değildir. Bu sebeple, sistem meselesi ortaya çıkarmak istemediğimiz için yalnız *ius civile*'ye ait olan prensipi, yani, kendisine şeyin teslim edilmiş olduğunu alıcının bir *actio in rem* ile harekete geçeceği için satımın mülkiyeti intikal ettirememesi prensipini Romaya aitmiş gibi tavsif etmiyeceğiz. Pretor sisteminin teşkil ettiği ve meçhul kalan bu irtibat zincirini göz önünde tuttuğumuz takdirde Romadaki satım ile modern satım arasındaki değişiklik ve fark o kadar muazzam görünmez. Nazarımızı daha ileriye uzatabiliriz: Pretor, *in rem* olan ve bu itibarla *reivindicatio*'dan farklı olmayan *actio Publiciana* vasıtasile, bir *res mancipi*'nin *traditio*'sunu himaye ettiği zaman, *traditio*'nun, filiyatta, *mancipatio* ile *in iure cessio*'nun yerini almış olması pek tabii görünmüyor mu? O zaman, bu şekillerin sukutunun ve *res mancipi*'lerle *res, nec mancipi*'ler arasındaki tefrikin en eski ve dahili sebebini bulmuş olacağız.

Ve satım hususunda *actio Publiciana* bahşedilince ve diğer ci-

heten de *venditio servitutis* ve *superficies* de kabul edildikten sonra, bu gibi hallerde dava hakkını bahşetmek kolay değil mi idi? Ve şayet bu doğru olsa, bununla mühim meseleler halletmiş olmayacak mıyız?

Diğer bir misal: Klâsik hukukun, *heredis institutio* muamelesinin resmî ve alenî olmasını istediği herkes tarafından öğretilmektedir; yalnız Constantis, Constantinus'un *inscriptio*'sunu taşıyan meşhur c. 15 C. 6, 23 de birdenbire bu prensipin farkına varmış imiş. Bu, *ius civile* için pek doğrudur. Fakat ben şunu soruyorum: Pretor vasiyetinin resmîyet ve alenîyetine hakikaten lüzum var mıdır? Pretor tarafından varis tayin edilmiş olan kimse asla *heres* tesmiye edilmediği ve *hereditas*'ın verilmediği göz önünde tutulacak olursa, Pretorun, vasiyetnamede *heres* vasfını araması mümkün müdür? Ve Pretor, henüz *tabulae testamenti* ibraz edilmeden, fakat bunların mevcut olduklarının isbat edilmesi üzerine (fr. I, 2-4 D. 37. II) *bonorum possessio*'yu bahşediyorsa, kendisinin resmî ve imperatif bir şeklin tatbikini istemesi hakikate yakın olabilir mi? Pretor vasiyetnamesi hakkında yalnız, umumiyetle tekrar edilen mefhumları aşacak bir araştırmanın halledebileceği meseleleri ortaya koyuyorum. *Ius civile*, *heredis institutio*'nun *caput et fundamentum totius testamenti* olduğu prensipini bize gönderiyor; fakat istisnalar, kaideyi yıkacak, devirecek derecede ve mahiyettedirler. Bunun Roma prensipi olduğu tekrar edilebilecek midir?

Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, prensipi tekrar ediliyor; fakat acaba, İmperator legislasyonunda prensiplerinin yıkıldığı bütün haller göz önünde tutulmuşlar mıdır?

Ius civile herhangi bir temsili reddediyor, fakat prensip, esassından, Pretor ve Hükümdarlar tarafından yıkılmıştır.

Mezar hakikaten hukuk sahasının haricindedir; bütün vüs'atinde *res extra commercium*'dur. Bu, *ius civile* için muhakkaktır. Fakat Pretor o kadar çok *actio* ve *interdictum* ihdas ve tatbik ediyor ve hattâ mezarın satılması için dava hakkı bile bahşediyor ki, mezarın tasarruf harici olduğuna dair medenî hukuktaki beyan Roma prensipi olarak yaşayamaz. Temlik için Pretor tarafından bahşedilmiş olan *actio* her halde *actio empti*'den farklıdır (yalnız Instianus bu ikisini bir zannetmiştir (fr. 62, I D. 18, 1), fakat, *locus purus* sayılan mezarın satışının tamamen hükümsüz olduğu hakkındaki medenî hukuk prensipi tekrar edilmeyecektir.

Bu misaller ilânihaye devam edebilirler; bu takdirde bütün Roma hukukunun yeniden bir gözden geçirilmesi mevzuubahs olacaktır; hatırlattıklarım, Pretor ve İmperator legislasyonunun derin bir tetkikinin sevkedebileceği neticelerin ehemmiyetinin delilini teşkil ederler.

Bunlar, şeklen her halde istisnalar, veya hususî bir takım hallerre ait kararlar halinde önümüze çıkan prensiplerdir. Fakat Romalıların daima müşahhas noktadan hareket ettiklerini kaydetmek lâzımdır; her bir umumî ve mücerret formülasyon kendilerinin zihniyetine aykırı geliyor, ve irade ve emirler de ancak münferit halleri derpiş edebilirlerdi. Fakat bunlar, eski kaideleri yıkan kaide-ler şeklini ve ehemmiyetini almağa namzet prensip ve kararlardır.

İlk bakışta gürültülü ve karmakarışık gibi görünen bir şekilde ihdas edilmiş olan, fakat kat'î bir direktif dairesinde birbirine bağlanan ve birleşen bir çok teşriî hükümler karşısındayız. Yeni metinler keşfetmek veya yeni şerh ve tefsirler yapmak meselesi mevzuubahs değildir (çünkü bunlar, an'anevî prensipi almağı tercih eden eser ve tetkiklerimizde daima dikkatle zikredilmemelerine rağmen çok tanınmış hükümlerdir); daha ziyade, şeklen umumî gibi görünen prensip karşısında onların çapının ve kuvvetinin derecesini ölçmek mevzuubahstir. Acaba bunlar, iptidai bir tetkikte ihmal edilebilecek istisnalar mıdır; yoksa, Bonfante'nin, *filius familias*'ın ehliyeti hakkında mükemmelen tebarüz ettirdiği fikir (yani istisnaların, eski kaideyi bertaraf eden yeni bir kaide teşkil edecek mahiyette oldukları fikri) tekrar edilemez mi? Ve şayet bir hukuk tarihçisi, Roma prensipinin neden ibaret olduğunu soracak olursa, bu prensipin, istisnalar tarafından tahdit edilmiş an'anevî prensip olduğunu mu söyleyeceğiz, yoksa istisnaların yeni bir prensip teşkil ettiklerini mi?



Pretor ve İmperator legislasyonunun en geniş ve en derin takdiri, ayrıca, modern tarihçilerin karşısına çıkan bazı karışık meseleleri sarıh ve sağlam bir neticeye sevk etmek imkânını veriyor.

Bunlardan biri, ihtimal romanist için en mühimmi, Diocletianus'tan sonra hukukun tekâmülüne ve Instinianus'a kadar ona sâik olan âmillere taallûk eder. İlim iddialarla redler arasında çalkanmaktadır. Bunların tetkiki için münasip mahal burası değildir.

Çok basit bir şey söylemek isterim: postklâsik legislasyonda beliren ve ekseriya İstinianus'ta neticelenen o hukuk inkişaflarını haricî nüfuz ve tesirlere (şark hukukları, Bizans mektepleri, ilh..) atfetmeden evvel, Pretor ve İmperator hukukunu daha büyük bir dikkatle gözden geçirmek, yani bu legislasyonun inkişafının nerele-re kadar varabildiğini dikkatle tetkik etmek lâzımdır. Haricî âmil-lere gitmeden evvel, dahilî âmilleri tam bir surette tetkik edelim, hukukun şeniyetinde ne gibi tesirler yapmış olduklarını görelim, inkişaf kabiliyetlerini tecrübe edelim. Yalnız o zaman bizim vere-ceğimiz hüküm daha sabit olacaktır. Takip edilecek yol Salvatore Riccobono tarafından üstadane gösterilmiştir; fakat bu yol henüz hiç kat'edilmiş değildir; ve bunun semeresiz olmayacağını zannedi-yorum, çünkü çok defalar Pretor ve İmperator hukukunun tetkiki, müteakıp devirde olgunlaşan ve İstinianus'la teşriî bakımdan tat-bik edilen ıslahatın en yakın emsalini o sistemlerde bulmamıza im-kân vereceğini düşünüyorum. Filhakika, müsbet bir surette tevsik edilmeleri lâzım gelen yabancı tesirleri red ve bertaraf etmeksizin, Pretor hukuku, İmperator hukuku, postklâsik legislasyon, ve Justi-nianus hukuku arasında en mükemmel tarihî ittisal ve devamın mevcut olduğuna kaniim.

Bu sahada umumî ve kat'î bir netice çıkarmak çok tehlikeli ve mütenevvi tarihî şeniyete mugayirdir. Maamafih, postklâsik devir-de ve Justinianus devrinde vaki olan hukukî değişiklikler sıralan-dığı zaman, hiç şüphesiz her hukukî teşkilâtın malik olduğu o inki-şaf kabiliyeti ihmal edilmek istenildiği takdirde buna hayret etmek icap eder: istisnaî şartlar ve muhit şartları, siyasî ve dinî fikirler, mektep temayülleri ve adliye tatbikatı, inkişafın bir istikamette olacağı yerde başka bir istikamette vaki olmasına saik olabilirler; fakat mevcut müesseselerin bu inkişaf kabiliyetleri ihmal edilemez, çünkü bu, o âmillerin evvelemirde üzerinde işledikleri kuvvettir; bu, her ziruh mevcudiyetin hiç şüphesiz malik olduğu gayri kabili münakaşa intibak, inkişaf ve aksülâmel kabiliyeti göz önünde tu-tulmaksızın beşerî uzviyet üzerinde haricî tesirlerden bahsetmek gibi olur. Fakat inkişaf kabiliyeti daima kâfi değildir; her devirde, sırf mantikî yolla halli kabil olmayan zaruretler vardır, ve o zaman legislasyon müdahaleye hazırdır.

Müfrit fikir de, dahilî âmilleri ihmal edemez veya sükûtle ge-çiştiremez, çünkü, asırlarca devam eden zengin bir tecrübenin mah-

sulü olan klâsik hukuk, çok elâstiki ve herhangi bir surette değişmek imkânını haiz bir uzvî kitle olarak ortaya çıkıyor.

Esas itibarile hukukun mihaniki inkişafını değil, tarihi devamını kabul ediyorum; mihaniki inkişaf tarihin hiç bir ânında ve hiç bir medenî millette asla vaki olmamıştır ve Aşağı İmperatorlukta da hiç vaki olamazdı.

Aşağı İmperatorluğun karanlık ve karmakarışık cemiyeti ile gayri kabili telif dümdüz bir tekâmül düşünülemez. Fakat nâkil hat, ve ana yollar Pretor ve klâsik devre Hükümdarları tarafından çizilmiş ve gösterilmiştir.

Fakat, *interpretatio prudentium* için müşahede edilmiş olan aynı zaruret tekerrür ediyor. Klâsik legislasyonun tarihi mantıkî ve uzvî bir inkişaf değildir, çünkü yeni legislasyonlar, tıpkı eski *Prudens*'ler gibi, hukukun yalnız mantıkî bir sistem olmayıp, daha ziyade amelî zaruretlere cevap vermek için bir vasıta olduğunu çok iyi anlıyorlar. Binaenaleyh müesseselerin inkişafı, içtimâî vicdan tarafından işaret edilmiş olan gayretlere ve doktrinlere doğru istikamet alıyor. An'anevî kaidelerden ve korkak istisnalardan mürekkep bir sistemde, istisnaları, eski prensipi yıkacak yeni bir prensip teşkil edecek surette inkişaf ettirmek mi, yoksa an'anevî prensipi tekrar ortaya koymak mı daha iyi olacağına dair legislatora istikamet veren şey daima içtimâî zaruretlerdir.

*
**

Diğer bir mesele vardır ki, daha az karışık ve yorucu değildir. Justinianus kompilasyonu haricinde bizlere intikal etmiş olan hukuk kitaplarında bulunan haşiyelere ve interpolasyonlara işaret ediyorum. Tetkiklerimizin derece ve vaziyeti malûmdur. Otuz kırk sene evvel serdedilen çekingen ve korkak iddialar, kemiyet ve derinlik itibarile, Corpus Juris üzerinde yapılan araştırmalardan farklı olmayan sistemli tahlilî araştırmalar halini almışlardır. Bir tarafta inanmış iddiacılar, diğer tarafta daha az keskin salâhiyetli olmayan red ve inkâr edenler gurupu bulunuyor. Meseleye temas mümkün değildir; fakat *interpretatio* ile legislasyon arasındaki tefrikin bu sahada umumî bir istikamet gösterebileceğini zannediyorum. Teşriî kaynakların ve İmperatorluk kudretinin artmasile *interpretatio Prudentium* geriliyor. Eski *interpretatio* ve eski *iuris auctor*'ların satveti ebediyen nihayet bulmuştur. Yalnız kanunun

metni üzerinde yapılan *interpretatio* hâlâ ve daima baki kalıyor. Fakat bu da, hukukçuların inhitatı sebebiyle değil, fakat vaziyetin değişmiş olması sebebiyle, tedricen donuklaşıyor. Julianus'un ve Popinianus'un *interpretatio*'su Paulus'un ve Ulpianus'unkine ve postklâsik hukukçularinkine benzemiyor. *Interpretatio* artık sırf fehim ve idrakî bir mahiyet alıyor: teşriî akideyi anlamak ve ameliyata tatbik etmek meselesi mevzuubahstir. Hukukun hareketi artık tamamile Hükümdarda temerküz ve tekâsüf etmiştir ve jürisprüdens de hukuku bir az bile terakki ettiremiyor. Son klâsik hukukçulardan Justinianus'a kadar devam eden o asırlarda hukukçunun faaliyetinin neden ibaret olduğunu artık anlayabiliriz. Hukukçunun, önündeki metne izahlar; doğru olmamakla beraber müşabih hallere işaretler, hukuk müesseselerinin yeni tanzimleri, teşriî bir hüküm veya yeni bir ıstılah dolayısıyla metni son vaziyete uydurmak için veyahut artık mer'iyette olmıyan kısımları tayyetmek için metni değiştirmesi; bazan ibareyi karışık ve bozuk bile kılacak surette metni kısaltması veya uzatması; metni yeni usul hukuk sistemine uydurması; pek âlâ mümkün ve kabili izah şeylerdir, çünkü hukukçu, haiz olduğu şârih sıfatının hudutlarından dışarı çıkmış olmuyordu. Fakat, ancak bir legistatorun yapabileceği esaslı tadilâtı yapacak surette tetkikçinin metni tadil etmesi ihtimalinin varit olmayacağını zannediyorum, çünkü, postklâsik devirde bütün teşriî kuvvet İmperatorun elinde temerküz etmişti ve hukuku yaradan eski *interpretatio*'nun hatırası bile kaybolmuştu. Binaenaleyh, Justinianus'a ait olmayan metinlerde yapılacak esaslı bir interpolasyon araştırması karşısında bedbin olmak icap eder, meğer ki bir İmperator kararı mevcut olsun ve buna istinaden metin tadil edilmiş olsun, veyahut bu interpolasyonun mevcudiyeti farzedilmiş olsun.



Umumiyetle söylenen ve tekrar edilen bazı iddiaları da gözden geçirebiliriz.

Postklâsik devir daima bir inkıraz devresi gibi telâkki edilmiştir. Yıkma devresinin Kostantin zamanında başladığı iddia ediliyor, öyle ki Justinianus zamanında klâsik hukuk, legistatorun isteğine, tamamile yıkılıyor. Bu neticeye mukabil, kısmen diğer bir netice, yani Justinianus'da eski kaideler ve usuller gören netice karşı konuluyor; böylece Justinianus eski zamanları ihya eden romantik biri olarak tasvir ediliyor.

Bütün bu iddialar aynı surette yanlışlıklar. Her halde bir yıma ve bir sarsıntı vaki olmuştur. Fakat yıkılan nedir? Klâsik hukuktan bir şey yıkılmamıştır, ancak *ius civile*'den yıkılmıştır. Ve *ius civile*'nin tedrici yıkılmasına Kostantin zamanında başlanılmıyor, bilâkis, Pretorun ve Hükümdarların, *ius civile*'den ayrı ve müstakillen, muhtar bir surette kanun yapmağa başladıkları ânda vaki oluyor. Kâh tevakkuf, kâh tesri devrelerine tesadüf ediyoruz. Fakat yıma keyfiyeti devamlıdır. Bilâkis Pretor ve İmperator legislasyonu, yıkılmak şöyle dursun, *ius civile* bertaraf edildikçe inkişaf ediyor, genişliyor. Şu halde Justinianus devrinde klâsik hukuk değil, ancak *ius civile* yıkılmıştır, ve legislatorun isteği altında, an'anevî ikilik te şeklen aşılmış oluyor.

Bilâkis Pretor ve İmperator legislasyonunun canlı ve modern unsurları inkişaf ediliyorlar ve umumileştiriliyorlar.

Bu suretle Justinianus'un eser ve faaliyetini daha iyi takdir edebiliriz. Eserin yalnız haricî ve sathî bir tetkikinden mülhem olabilecek eski zaman ve şeylerin ihyası meselesini bir tarafa bırakalım. Fakat şu muhakkaktır ki, kompilasyonu geniş ve derin bir derecede yenileştirici sayanlar, istemiyerek, mukayeseye esas olarak *ius civile*'yi nazarı itibara alıyorlar, ve bu mukayeseden alınacak netice başka türlü olamaz. Fakat bilâkis, asırlar içinde *ius civile*'nin üstüne yığılmış olan teşriî unsurları azamî ehemmiyetle nazarı itibara alacak olursak, bu legislasyonu, *ius civile*'nin üzerine yığılan mütefessih veya kabili ihmal bir şey, veya kaideyi bozmıyan bir istisnalar silsilesi olmıyarak tetkike kendimizi alıştırdığımız zaman, varacağımız netice her halde farklı olacaktır; ve o zaman, bir kaç sene içinde, Justinianus'un legislator olarak mühürünü basmış olduğu rivayet edilen bir predigest'in veya kompilatorlar tarafından isbat edilen mukaddem kompilasyonların mevcudiyetini farz ve tahmin etmeksizin, başarılmış olan kompilasyon mucizesini izah edebiliriz.

Interpretatio olan şeyle legislasyon olan şey arasındaki tefrik, ve bu sonuncusu içinde de ayrıca, muhtelif teşriî unsurlar arasındaki tefrik, bazan muharrirlerin ortaya koydukları tarihî taksim ve tefrik meselesi etrafında hâlâ sağlam bir istikamet alınmasına imkân verir. Tarihçinin zevkine göre veya hususî görüş noktasına göre tarihî taksim ve tefriklerin namütenahi bir surette yapılabilceği bedihîdir, ve bu hususta hiç bir şey söylenemez. Fakat, müddet üzerinden taksimatta bulunmayıp, hukukun başka olan dahilî

mahiyetini aksettirecek hakikaten umumî bir tefrik yapmak istiyecek olursak, *interpretatio* ile legislasyonu birbirinden tefrik etmek ve bu sonuncusu içinde de Pretor hukukunu İmperator hukukundan ayırmak daha münasip olacaktır. Ve hakikatte ben şu fikirdeyim ki, *ius civile* ile Pretor hukuku arasındaki fark, cümhuriyet devri hukuku ile İmperatorluğun birinci asrı hukuku arasındaki farktan, veya Diocletianus devri hukuku ile Kostantin devri hukuku arasındaki farktan daha derindir. *Interpretatio*'da, Pretor hukukunda ve İmperator hukukunda olduğu gibi, tarihî bir devam vardır ki, sırf kronolojik taksimatla parçalanamaz; ve bilmukabele, gerek kuruluş gerekse hukukî öz olarak, *interpretatio* ile Pretor ve İmperator hukuku arasında başkalık mevcuttur.

*
**

Roma hususî hukukunun tekâmülü *interpretatio* ile başlıyor ve legislasyon ile nihayet buluyor. Filhakika Corpus Juris kanundur, ve yalnız kanundur. Tarihî tekâmül şu silsileyi arz ediyor: iptida hukuk tamamen *interpretatio*'dur; bunun üzerine tedricen legislasyon yığılıyor; *interpretatio* ve legislasyon Justinianus'a kadar mevcutturlar, tâ ki bu İmperator bütün hukuku Hükümdarın iradesinden doğan kanun içine koyuyor. İptida tamamen *interpretatio*; nihayet tamamen kanun.

Fakat *Corpus Juris*, Romanın bu sonuncu, kat'î ve nihai ve muazzam legislasyonu tarihçiler nezdinde tabii, evvelkilerin aynı olmuştur. Pretor ve İmperator hukuku için kaydettiğim ihmal Corpus Juris için de varittir. İddia hakikaten gariptir. Filhakika, asırlarca devam etmiş tetkiklerden ve tefsirlerden sonra, bir çok tetkikçi, tarihçi ve hukukçu nesillerinin Corpus Juris üzerinde her istikamette yürümüş olmalarından sonra, Justinianus legislasyonunun ikmal edilmiş olduğunu idda etmek garip bir şeydir. Hakikatte Justinianus hukuku, tarihî varlık olarak, yalnız dağınık parçalar halinde gözden geçirilmiştir. Glossa'dan XIX uncu asrın Pandekter tetkiklerine kadar Justinianus hukuku tahkik edilmiyor, ancak devam ediliyor. Bundan başka modern tenkit ve tahlil de, Justinianus'un yeniliklerini, küfür âmiz telvisat olarak telâkki etmiş ve bunları âdeta Roma sisteminden çıkarıp atmıştır; binaenaleyh modern tetkikler, bir kaç gürültülü hal hariç, nihayet klâsik hukuk, hattâ, tebarüz ettirdiğim gibi, *ius civile* tetkikleridir.

Biz, hümanistlerden, Justinianusa ve hukukuna karşı bir saygısızlık duygusu tevarüs etmişizdir: bugün hâlâ gaye, Roma metinlerini Justinianus ilâvelerinden temizlemektir. Bu her halde çok şayanı takdir bir gayedir, fakat, sadece klâsiklere ait olan bir sistemi Justinianus'a ait gibi göstermeğe sevkmemelidir. Justinianus kanunları, ve o kadar büyük güçlüklerle isbat edilmiş olan interpolasyonlardan ancak kısmen istifade edilmiştir, yani, yeni bir sistemin müsbet unsurları olarak değil, yalnız menfi bir tarzda Justinianus'un kanunları can sıkıyorlar ve Novella'lar da bütün yeni bir âlemi aksettirmekle beraber, modern romanist için mühürlenmiş olarak kayıyorlar.

Mitteis, Roma hususî hukuku üzerinde geniş bir tetkike girişip, Diocletianus'tan sonraki hukukun menakibini izahtaki güçlükler sebebiyle, bu devirde tevakkuf ettiğini açıkça beyan ediyor.

Bu iddia doğrudur. İhtimal klâsik hukuku yeniden kurmak, Justinianus hukukunun karmakarışık yığını çözmekten daha kolaydır; Labeo veya Papinianus'un has ve hakikî fikirleriyle temasta bulunmak, bilhassa Justinianus'un yaptığı tahrifattan kurtulmuş iseler, Justinianus'un uzun ve dolambaçlı bir kanununu tetkik etmek veya muğlâk bir interpolasyonu derinleştirmekten daha zevklidir.

Fakat güçlüklerin meseleyi bertaraf etmemeleri, ve bilâkis bunun bütün tamamıyet ve ehemmiyeti ile ortaya konulması icap eder. Justinianus hukuku doktrininin henüz vücade getirilmesi lâzımdır. Modern el kitaplarında ve eserlerde Justinianus'un kanunları klâsik hukukun zeyli olarak hatırlatılmaktadırlar ve burada, hukukun yeni bir tekâmülünün hareket noktası olan yeni bir sistem mevzuubahs olduğu düşünülüyor.

Bizim tetkiklerimizin bu vaziyeti hakikaten şayanı teessüftür. Mesele şudur ki, Justinianus hukukunu, tarihî varlığı içinde, tanımak isteyenler onu nerede bulacaklarını bilmiyorlar: eski eserlerde onun yalnız devamını bulurlar, yani yalnız, modern eserlerin emsalini teşkil eden bir şey bulurlar. Modern eserlerde, Justinianus'a karşı hareketlere tesadüf etmeseler de, yalnız, Romaya ait gibi gösterilmekte ısrar edilen ve medenî hukuk sisteminden alınmış, koparılmış yeniliklere dair haberler bulurlar. İstenilirse buna Roma - Helen hukuku densin; fakat Romanın hukukunun tekâmülü kesilmesin. Bütün bunlar tehlikelidir. Roma hukuku yalnız ikiye bölünmüş değil, bu şekilde, Justinianus'tan sonraki devirde tarihin

sağlam bir surette tesisi için tetkikçilere temeller ve unsurlar vermek imkânı kaybolmuştur.

Justinianus'tan sonra hukukî tekâmülün, gerek Şarkta, gerek Garpta *Corpus Juris*'e istinat ettiği muhakkaktır. Bu gayri kabili münakaşa vakıa karşısında herhangi bir kararsızlığa mahal yoktur. Maamafih burada da, tetkikçilerin karşısına, Justinianus hukuku için beliren tarihî âmiller meselesi çıkıyor. Muhtelif âmillerden, aralarında mücadeleden, tefevvükten, tesirlerden bahsedildi. Bütün bunları gayri varit görmüyorum. Justinianus hukuku âmilleri için kaydettiğim şeyi tekrar ediyorum. Burada da evvelemerde *Corpus Juris*'in bütün muhtevasını tahkik etmek, bunun ihtiva ettiği prensiplerin inkişaf kabiliyetini tayin etmek lâzımdır. Binaenaleyh, tarihî varlık olarak tasavvur edilmiş bir Justinianus hukuku sistemi lâzımdır; yani öyle bir sistem ki, *Corpus Juris*'te bulunacak bütün beyanatı karmakarışık bir şekilde alsın, fakat bunları, Justinianus emirnamelerinde ve interpolasyonlarda tebarüz ettiği şekilde yani kanunun ruhuna göre anlasın. Bu henüz başarılması lâzım gelen bir iştir; fakat lüzumludur, çünkü, modern hukukun âmilleri meselesini ortaya koymak istersek, evvelemerde Justinianus hukukunu tahkik etmek icap eder.



Roma legislasyonu - Pretor, İmperator, ve Justinianus legislasyonu - ihtimal, *interpretatio*'nun arzettiği bütün o güzelliğe, bütün ahenge, bütün o mükemmel mantığa malik değildir; fakat tarihen ihtimal Roma hukukunun en mühim kısmıdır, çünkü en modern, en hayatî, ve tarihen en mühimmidir, çünkü müteakıp tekâmülün başlıca âmilini teşkil eder.

Bunun tetkiki yalnız, hukuku canlı şeniyetinde anlamağa yaramakla kalmaz, fakat ayrıca, dediğim gibi, bir çok mühim tarihî meselelerin halline de yarar.

Filhakika, modern araştırmalarda klâsik doktrin ile Justinianus'unki arasında mevcut olan o derin boşluğu doldurmağa yarar, çünkü ekseriya, klâsik doktrin gibi tavsif edilen şey medenî hukuk doktrininden başka bir şey değildir. Bundan başka, Roma hukuku ile müteakıp tekâmül arasında bulunan ayrılığı da doldurmağa yarar, çünkü burada da, ekseriya, Roma veya Justinianus doktrini gibi tavsif edilen şey medenî hukuk doktrininden başka bir şey de-

ğildir. Bu münasebetle, çok yüksek bir tarihçinin (C. A. Schmidt'in) Roma hukuku ile German hukuku arasındaki esas farkları tahkike hasredilmiş bir kitapta, program olarak, yalnız *interpretatio Prudentium* hukukunu Roma hukuku saydığını, ve geriye kalan her şeyi, prensipi ve sebebi olmayan bir şey telâkki ederek, ihmal ettiğini hatırlatmak isterim. Tarih böyle, yani bütün bir hukukî kitleye yayılıyor! Yalnız bu şekilde Roma hukukunda noksanlara tesadüf ediliyor ki, zaruri olarak başka tarihî âmillerle doldurulmaları lâzım gelmektedir.



Roma legislasyonu, Justinianus'un kompilasyonlarıyla nihayet buluyor. Burada her antitez aşılmıştır veyahut legislatorun direktifleri altında tefsirci tarafından aşılması lâzım gelmektedir. Asırlar içinde devam eden o tabakat halinde yığılmanın, Justinianus tarafından alınmış olan kısmında, artık legislatif bir veçhe vardır, ve *Corpus Juris* de organik bir kanun kitlesi oluyor.

Roma âleminde hikmeti vücudu ve tarihî bir fonksiyonu olan *interpretatio* ile legislasyon arasındaki asırlarca devam eden antitez, Justinianus sayesinde, kanunun profili altında ortadan kalkıyor. *Interpretatio* ya ebediyen düşmüştür, veyahut o kısımlarında ve Justinianus'un onu kompilasyona almış olduğu şekilde kanun oluyor.

Justinianus hukukunda yalnız *interpretatio* değil, aynı zamanda *ius honorarium* da kanun oluyor. Asırlar içinde devam eden bir tabakat halinde yığılma içinde toplanmış olan muhtelif teşkilât arasında her bir başkalık, hukuk teşkilâtının birliğinde aşılmıştır. Kompilasyona alınmış olan bütün unsurlar aynı plânda bulunuyorlar. Klâsik tevhit ameliyesi *ius honorarium* karşısında tevakkuf etmişti; antitez ne an'anevî ne de şekli değildi, fakat Pretor sistemine müteallikti; çünkü bu, tamamiyle hususî bir şekilde ve *ius civile*'den farklı olarak ortaya çıkıyordu. Fakat, Justinianus müdevvenatile, Pretor denilen ve hem teşriî hem de kazaî organ olan o karakteristik Roma magistratı ortadan kalktığı zaman, ve Pretorluğun ilgası ile beyanname de diğer kanunlar gibi kanun olduğu zaman, *ius honorarium*'u *ius civile*'den ayırmak için artık bir sebep kalmıyor, ve böylece, klâsiklerin başaramadıkları hukukî tevhit yapılmış oluyor.

Kompilasyonların da her adında beyannameler, *in factum* davaları, *restitutio* ve *exceptio*, *interdicta* ve *bonorum possessio* ihtiva etmelerine rağmen ikilik ortadan kalkmıştır. Kat'i ve sarîh deliller olmasa bile, muhtelif kompilasyonlarda mevcut bütün unsurlara tam ve müsavi teşriî müessiriyet bahşetmiş olan o Justinianus kanunlarıyla her bir ikilik bertaraf edilmiş olur. Bu takdirde *ius civile* ile *ius honorarium* arasında veya jürisprüdens ile kanunlar arasında hâlâ ikilik mevcut olabileceğini nasıl tahayyül ederiz?

Justinianus, kaynakların tasnifinde, kendisi için, tarihi rüşup olduklarından işe yaramaz sayılan klâsik kriteriumlardan farklı kriteriumlara doğru teveccüh ediyor. *Ius* ile *lex* arasındaki, ve müteakiben vaki olup daha derin ve devamlı olan *ius civile* ile *ius honorarium* arasında mevcut olan zıddiyete, *ius scriptum* ile *ius non scriptum* arasındaki doktrinal ve muğlâk tasnif inzımam ediyor.

Fakat bu tevhit şüphe götürmiyen bir keyfiyet olmakla beraber, gerek umumî olarak gerekse muhtelif münferit hükümler hususunda bunun kıymeti münakaşa edilebilir.

Klâsik teşkilâtın muvazi olarak yürüdükleri bazı müesseseler hususunda müsavi kılma keyfiyeti tam bir surette vaki oluyor: *actio in factum* davası *actio in ius*'a; *actio utilis* veya *ficticia*, *actio directa*'ya; *interdictum*, *actio*'ya; *honorum possessio*, *hereditas*'a, Pretor irtifakları medenî hukuk irtifaklarına tamamiyle müsavidirler ilh.. Kompilasyon bu Pretor müesseseleriyle doludur; fakat bunlarla, medenî hukuktaki mukabilleri arasında farklar aramak zararlı olmaktan başka aynı zamanda boş bir zahmettir, çünkü, legistatorun, şurada veya burada, fakat kat'i ve sarîh bir surette, beliren isteğine karşı gelinmiş olacaktır: filhakika, Pretorun faaliyetine istinat eden her şeyin ortadan kaldırılmasile sistemli ve şekli bir tevhit lâzım gelmiyordu; diğer cihetten şayet Justinianus bu sistemi takip etmiş olsaydı ihtimal kompilasyon bugüne kadar hâlâ yapılmamış olacaktı.

Bundan başka, diğer müesseseler hususunda tevhit, muvazi müesseselerin birbirine müsavi ve müşabih sayılmasını değil, daha ziyade, ekseriya medenî hukuk müessesesi olan daha eski müessesenin fesih ve ilgasını neticelendiriyor. Justinianus, klâsik devirde yalnız Pretorun *iurisdictio*'sunda aşılmış olan ikiliği teşriî bir surette bertaraf ediyor. Böylece *heres* ile *honorum possessor* arasındaki zıddiyet, bu sonuncusunun teşriî sahada tefevvuku ile aşıyor; *honorum possessor*'un muvaffakiyetini mümkün kılan o kari-

şik adli mekanizma ortadan kalkıyor; beyanname diğer herhangi bir kanun gibi kanun olduğundan, medeni hukuk sistemi, Pretor mevzuatı ile ihtilâfta bulunduğu sahalarda, tamamen bu kanun sayesinde fesih ve ilga ediliyor. Bu hallerde, *ius civile*, ekseriya zımni olarak feshediliyor, ki bu fesih ve ilga keyfiyeti, yukarıda gördüğümüz sebeplerden klâsikler için mümkün olmamıştı.

Diğer hallerde ise tevhit yeni mefhumların doğmasını neticelendiriyor; kompilyonda müphem bir surette beliren bu mefhumlar, müteakıp legislasyonlarda ve tefsircilerde inkişaf ediyorlar. *Actio - exceptio - restitutio in integrum* antitezini gözden geçirelim. Burada ne bir beraber bulunma ne de ilga mevcut değildir, fakat tevhit yeni bir hukuk mefhumunun, kabili fesih muamele mefhumunun doğmasını neticelendiriyor. *Ius civile*'ye göre muamele ya muteberdir, ya hükümsüzdür, ya *actio* vardır, ya yoktur; ikisi ortası bir vaziyet olamaz. Fakat, Pretor, *ius civile*'nin tesirine karşı bir *exceptio* veya *restitutio in integrum* bahşettiği zaman yalnız bir dava vaziyeti tahaddüs eder ki bu, formül içinde *actio* veya *exceptio*'dan farklı bir hukuki mefhumu tazammun etmiyordu, çünkü akit umumî ve mücerret bir surette feshedilmiyordu, bilâkis davacının iddiasının *exceptio* ile bertaraf edilmiş olması veya *restitutio tarafından* kaldırılması dolayısıyla müşahhas bir halde hükümsüz kılınmıyordu. Fakat, bütün bunların pek tabii görüldüğü formül mekanizması ortadan kalktığı zaman; *exceptio* ile *restitutio* (bunları herhangi bir organ lüzumu halinde bahşetmeksizin) dava hakkı mertebesinde kanundan gelen hukuki vasıtalar oldukları zaman; gerek *actio*'yu gerekse *exceptio*'yu, derpiş edilen hallerde bahşeden daima kanun olduğundan, *actio exceptio* zıddiyeti kabili fesih muamele mefhumunu ortaya koyar ve *restitutio* da iptal davası olur. Binaenaleyh Justinianus hukukunda muamelenin iki nevi hükümsüzlüğü mevcuttur: biri, *ius civile* butlanıdır ki dava hakkını bertaraf eder; diğeri *actio - exceptio* zıddiyetinden ortaya çıkan butlanıdır. Tevhit burada, bu iki halin ne butlan ne de iptal kabiliyeti vehesi altında müsavileştirilmesini neticelendirmiyor. *Ius civile*'deki butlan ile *ius praetorium*'daki butlan arasındaki tefrik, *ipro iure* butlan ile *ope exceptionis* butlan oluyor. Antitez artık tarihi ve usul hukukuna müteallik değildir, fakat esasa aittir, yani butlan ile iptal kabiliyeti arasındadır. Tarihi esaslarından koparılmış olan farkın kat'i ve sarih bir muhtevası yoktur, ve tefriğe bir temel ve bir mevcudiyet sebebi vermek ve aynı zamanda iki kategorinin hudut-

larını çizmek için tefsirciler arasında sonu gelmiyen münakaşaların menşei de budur.

*
**

Justinianus hukukunda, klâsiklerden evvelki devrede de esasen başlamış bulunan o hukukî tevhit ameliyesi umumileşiyor ve tamamlanıyor. Her bir tefrik veya antitez aşılmıştır. Hukuk birdir.

Kanunla interpretatio arasındaki ikilik, hukukçuların, kanunun basit izahından öteye gidecek her bir faaliyetini meneden sarih kanunî hükümlerle Justinianus tarafından ortadan kaldırılmak istenildi.

Fakat ikilik yalnız az bir zaman için bertaraf edilmiştir; müte- rakki her teşkilâtın içinde mevcut olduğundan, başka şekil altında yeniden doğuyor. Corpus Juris'in, bilhassa Garpta, yaratıcı şeklin- de ve bir dereceye kadar, eski *Prudens*'lerin *interpretatio*'su ile mu- kayese edilebilecek yeni bir *interpretatio Prudentum* tatbik edili- yor. *Prudens*'ler, eski an'anelerden hareketle, Quintus Mucius ve Sabinus ile ortaya çıkan ve Paulus ile Ulpianus'a kadar daha inki- şaf eden o sağlam ve mükemmel sistemi vücuda getirmişlerdir. Ye- ni *Prudens*'ler, Corpus Juris'ten hareketle, mantıkî yolla, modern le- gislasyonlara götüren bütün yeni bir hukukî sistemi yaratmağa mu- vaffak oluyorlar. Corpus Juris tarih mevzuu olarak değil, fakat mer'î hukuk heyeti mecmuası telâkki ediliyor. Bu sebeple, hukuk- çuların gayesi hayatın zaruretlerine cevap vermek olduğundan, ka- nunun metninin ötesine bile geçen yeni bir elaborasyona tâbi tutu- luyor. Bir çok asırlar evvel lâtin *Prudens*'ler tarafından başarılmış olan inkişafı pek iyi mukayese edilebilecek bütün bir mantıkî in- kişaf, intibak, telhis ameliyesidir.

Siyasî otoritenin âtil olması veya yıkılması devletten beklene- cek bir şey kalmadığını, bilâkis her şeyin, teşriî metin şekli esasın- dan hareket edecek hukukçuların mesaisinden beklenileceğini gös- terdiğinden, bu değişme ameliyesi bilhassa lüzumlu görünüyordu. Hukukun tekâmülünün, tabii bir şey gibi, *Prudens*'lere tevdi edil- mesi gibi Romanın ilk zamanlarında görülen hâdise kısmen Garpta tekerrür ediyor; ve bu devir hukukçularına, eski *Prudens*'lere ya- pıldığı gibi, en büyük içtimai ehemmiyetin verilmesi manidardır; ve şu nokta da yine manidardır ki, hukukun bu yeniden teşekkülü ameliyesi, burada Justinianus an'anesinin daha canlı olmasına rağ-

men Şarkta vaki olmuyor, çok geniş Roma İmperatorluğunu teşkil etmiş olan yerlerin bir parçasında vaki olmuyor, fakat İtalyada, yani eski *iuris auetor*'ların yaşamış ve çalışmış oldukları memlekette vaki oluyor.

Hiç şüphesiz, Corpus Juris etrafında bulunan bütün yeni bir interpretatio karşısındayız. Bu yeni *interpretatio Prudentium*'a kanun hukuku vasfının verilmesi veyahut bu tarihi mevcudiyetin az veya çok şamil sayılması burada bizleri alâkadar etmez. Muhakkaktır ki asırlarca süren bütün bir Roma hukuku an'anesi karşısında, hareket noktası *Corpus Juris* ve varış noktası da modern tedvinler olan bütün bir *interpretatio* karşısında bulunuyoruz. Bu an'aneye komün hukuku denilmesi veyahut daha ziyade komün hukukunun bir kısmını teşkil etmesi tâli bir ehemmiyeti haizdir, çünkü, Roma hukuku an'anesi; Justinianus'tan sonra hukuki tekâmülün *magna pars* olduğu, etrafında diğer hukuki sistemlerin yer aldıkları bütün mütevassıt hukukun canlı ve heybetli gövdesi olduğu muhakkaktır. Nihayet Romada tesadüf edilmiş olan aynı hâdise, yani legislasyon lüzumu, tekerrür ediyor. Filhakika mütevassıt hukuk tamamile *interpretatio* değildir, tıpkı Roma hukukunun tamamile *interpretatio* olmamış bulunması gibi.

Burada, Romalılar zamanında olduğu gibi, *interpretatio*'nun kıfayetsizliği çabuk tebarüz ediyor: hukuk, tatbikata yaradığı için, muhtelif hallerinde, tamamile mantıki bir inkişaf asla olamaz. Corpus Juris'te boş yere aranılacak o yeni prensipleri tesbit edecek legislasyon lüzumu hissediliyor.

Ve Corpus Juris üzerindeki *interpretatio*'nun yanında başka kaynaklardan, kiliseden, İmperatorlardan, nizamnamelerden, ilh... gelen teşrii bir hukukun yer bulması böyle vaki oluyor. Aşağı yukarı Roma âleminde tesadüf edilen aynı hâdise vaki oluyor: *interpretatio*'nun yanında Pretorların ve Hükümdarların legislasyonunun yerleşmesi ve bazan ona tefevvuk etmesi gibi, Corpus Juris temeli üzerinde tamamile tefsircilerin eseri olan Roma hukuku an'anesinin yanında da en mütenevvi ve muhtelif legislasyon yerleşiyor.



Interpretatio ile legislasyon arasındaki antitez, her bir teşkilâta has noktalar atıldıktan sonra, evrensel bir hâdise sayılabilir. İptida hukuk, yalnız herhangi bir otoritenin haricinde mantıki bir teşekkül olan *interpretatio*'dur. Gayri kâfi göründükçe kanun müda-

hale ediyor, ve otoritenin ifadesi olarak, *interpretatio*'yu tamamlıyor, ve onun varamadığı yere varıyor. Sonra legislasyonun *interpretatio*'yu massettiği bir noktaya varılıyor; bir zaman bütün hukuk legislasyondur; fakat bu yalnız bir ân vaki oluyor: bir yandan *interpretatio* tekrar başlıyor, tadil ve ıslah ediyor, inkişaf ediyor, mantıkî yolla tebeddülât yapıyor; diğer yandan, içtimai tekâmüle yardım eden legislasyon devam ediyor.

Roma hukukunda ortaya çıkan bu ikilik, mütevassıt hukukta, kilise hukukunda, modern hukukta tekerrür ediyor; bugün de arada sırada, yeni prensipler koyacak, şüphe ve güçlükleri halledecek yeni bir tedvin ihtiyacı beliriyor; fakat kod vücuda getirilince, tefsir yeni esaslar üzerinden yoluna devam eder, legislasyon da içtimai zaruretlerin icap ettirdiği o yeni unsurları sisteme sokmaktan geri kalmaz. Fakat eski *interpretatio* ve eski *iuris conditores* yeniden doğmuyorlar, ve, ıslahat ile modern hukuku hazırlamış olmakla beraber, yalnız Justinianus tarafından aşılış muazzam bir ikiliğe sebebiyet vermiş olan Roma *Praetor*'u tekrar doğmuyor

Prof. Biondo Biondi

tercume eden :
Şemseddin Talip