



## GELENEK<sup>1</sup>

Yard. Doç. Dr. Serpil ALTOP<sup>2</sup>

Gelenek Romalıların yaşamında büyük bir güçtür. "*Gravitas*" (erdem) ve "*Constantia*" (doğruluk) Romalıların ulusal, esaslı özellikleridir. Ağırbaşlılık ve hoşnutlukla atalarının örf ve adetlerine bağlı kalır, seve seve onlara başvurur ve onları takip ettiği sürece kendini güvenli ve emniyette hisseder; gelenekten sapmak sakıncalıdır ve "*Novarum rerum cupidus*" Romalılar için devrimcilikle eş anlamlıdır. Censor'un M.Ö. 92'deki buyruğu, bu ana duyguyu Romalılara özgü kısıklık ve açıklıkla ortaya koyuyor:

*"Renuntiatum est nobis esse homines, qui novum genus disciplinae instituerunt... Maiores nostri, quae liberos suos discere et quos in ludos itare vellent, instituerunt. Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem maiorum sunt, neque placent neque recta videntur..."*

"Yeni türden sistemler kuranların insanlar oldukları bize bildiriliyor... Atalarımız kendi çocuklarının öğrenmesini istedikleri şeyleri ve çocukların okullarda izlemelerini, devam etmelerini istedikleri şeyleri kurmuşlardır. Alışkanlıkların, gelenek ve göreneklerin dışında olan bu yeni şeyler ne hoşta giderler, ne de doğru görülürler..."

Romalıların bu tutucu tavrı özellikle hukuk alanında açıktır. Hukukçu C. Cassius Longinus'un, Tacitus tarafından aktarılan Senato konuşmasından kaynaklanan bu düşünüş tarzı, -biraz abartılarak ifade edilirse- aslında tüm Romalı hukukçuların ve hukukun oluşumunda sorumluluk almış kişilerin düşünüş tarzıdır.

Ann. 14,43: "*Saepe numero, patres conscripti, in hoc ordine interfui, cum contra instituta et leges maiorum nova senatus decreta postularentur; neque sum adversatus, non quia dubitarem, super omnibus negotiis melius atque rectius olim provisum et quae converterentur in deterius mutari, sed ne nimio amore antiqui moris studium meum extollere viderer."*

"Senatusun yeni kararlarının, atalarımızın kanunlarına ve müesseselerine karşı talep edildiği bu ortamda çoğu kez bulundum ve karşı çıkmadım. Ancak eskiden yapılan bütün işlerde daha iyi ve daha doğru olanın edinildiğinden ve değiştirilen şeylerin daha kötüye doğru değiştiğinden şüphem yoktur. Fakat eski adetlere haddinden fazla duyduğum sevgiden eğilimimi övüyor görülmeyeyim."

Romalılar hukuki gelişimin sakin akışını köklü müdahalelerle kesmeyi hiç denemediler. Telaşlı denemelerden, canlı reformlardan ve her şeye yeni baştan başlamaktan hiç hoşlanmazlardı. Hukuktaki hatalar sonunda bertaraf edilirdi, ama çekingen ve temkinli bir şekilde, zira Romalı iyi veya kötü nedenlerle (haklı veya haksız olarak) bir kere hukuk düzeni olarak oluşan düzenden, zor ve istemeyerek vazgeçer. Yabancı hukuk düzen-

(1) Fritz Schulz'un "Prinzipien des Römischen Rechts, Berlin-Neukölln 1954" isimli kitaptaki "Tradition" isimli makalesinin çevirisidir.

(2) İ. Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

leri ona kolayca etki edemez. Gerçi Romalı tüm dünyayı dolaşır ve herkesle konuşur, ama bir dünya gezgini olarak değil, Romalı olarak geri dönerdi. Yabancı hukuk büyük bir hasislikle çok nadir olarak iktisap edilir ve hiçbir zaman yabancı şeye tipik, ölümsüz Roma damgası vurulmadan değil. Yürürlükteki hukuk isteksizce kaldırılır, daha ziyade uygulanmamak suretiyle "terkedilmiş hale getirmek" tercih edilirdi; yeni hukuk kuralları tercihen eskimiş ve ölmeye yüz tutmuş hukuk kurallarının yanında seçimlik kullanıma sunulur ve böylece eskimiş hukuk kurallarının yavaş yavaş terkedilmiş hale gelmesi teşvik edilir. Yavaş, adım adım ve yürürlükte olanla yakın bir irtibat içerisinde: Hukuk kurallarının bu şekilde oluşumu sevilir ve hakiki bir Romalı olan Augustus'un "huzurlu acele" sözü Roma hukuk tarihinin üzerinde bir vecize olarak durabilir. Böyle bir atalet arzusu, hukukun, sabit ve sürekli arzuları hukuk kuralı haline getirmediği sürece, fonksiyonunu ifa edemeyeceği ve hukuk kurallarının nihai olarak salt çok yetenekli bir yasa koyucunun kafasından çıkmadığı, aksine halkın hukuk alanında sürekli çalışmasına gerek olduğu derin anlayışına dayanmaktadır. Yaşlı Cato bu anlayışı mükemmel bir açıklıkla şöyle formüle etmiştir:

Cicero, De re publica, 2, 1, 2: *"Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere, qui suam quisque rem publicam constituissent legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus, tum Draco, tum Solo, tum Clisthenes, tum multi alii... nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculhis et aetatibus. Nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, aliquis aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providerd, ut omnia complecterentur sine rerum usu acvetustate."*

"O bu sebepten dolayı diğer devletlere nazaran bizim devletimizin durumunu ortaya koymaktan söz etmek adetinde idi. Zira bu devletlerde çoğu kez değişmiş olan kendi devletlerini her biri kendi kanunları ve kurumlarıyla kurmuş tek tek kişiler vardı. Örneğin, Giritlilerin Minos'u gibi, Lacedae Monialıların Lycurbus'u gibi, Atinalılardan hem Theseus, hem Draco, hem Solo hem Clisthenes ve diğer birçokları gibi. Bizim devletimiz ise bir tek kişinin kabiliyetiyle değil, birçok kişinin kabiliyetiyle kurulmuştur ve de bir insan ömrü süresince değil, birkaç yüzyılda kurulmuştur. Zira şöyle diyordu, o derece büyük hiçbir yetenek yoktur ki, devlet içinde farkedilmemiş olsun. Ne de bir tek kişide toplanan bütün yeteneklerin toplamı meselelerin kullanılması ve eskiliği olmaksızın her şeyin birarada toplanmasıyla oluşan sonucu tek bir zamanda sağlayamaz."

Bu muhafazakarlığın bazen beraberinde titizliği getirdiği, aynı zamanda basitlik ve açıklığa olan Roma temayülünü dikkate almazsak, hukuk düzenindeki çarpaşıklık, karmaşıklık ve muğlaklığa neden olduğu yadsınamaz: Hiçbir zaman büyük düzenleme ve yürürlükten kaldırma kararı alınmaması sonucunda, farklı gelişim periodlarına ilişkin hukuk kuralları ve kurumları şaşkıncı ve açık olmayan (örtülü) bir yan yana yaşama ve karmaşa içindeydiler.

İzah edilen bu tutucu davranış Roma hukuk tarihinin her devrinde şaşkıncı bir şekilde sabit kalmıştır. Bu davranış biçimi Cumhuriyet devri insanlarına olduğu gibi Principatus ve Son İmparatorluk devri insanlarına da hakim olmuştur; Iustinianus devrinde de bu tutucu davranış biçimi, tüm Romalı olmayan reform arzuları ona karşı baskın olarak kalmıştır, zaten Iustinianus'un Corpus Iuris'i de Roma tutuculuğunun gerçek bir abidesidir.

Şimdi Roma gelenekçiliğinin, Roma hukuk tarihindeki çeşitli görünüşlerini takip edelim.

Anayasa Hukukunda, her ikisi de lağvedilmeyen, ama yavaş yavaş terkedilen iki makam olan diktatör ve censor'un hikâyesi örnek olarak incelenebilir. Özellikle devletin Augustus tarafından yeniden inşası sessiz sedasız yürütüldü. Yeni monarşik devleti cumhuriyetten açık ve net bir şekilde ayıran anayasanın sözü edilmiyordu. Aksine yeni eskiye bağlanmaya çalışılıyor ve yeni düzenleme restorasyon şeklinde kuruluyordu. Kısmen belli süreyle sınırlandırılmış olarak Princeps'e özel yetkiler tanıyan birkaç özel kanun, hepsi bu kadardı. Augustus ve yandaşlarının böylece özgür devleti "libera res publica" (mutlak monarşinin zıt kavramı olarak) tekrar kurduklarını açıklamaları, akılsızca bir aldatma deneyi olmayıp, aksine hukuki açıdan bakıldığında gerçeğin ta kendisiydi. Roma devlet öğretisindeki "libera res publica", modern devlet öğretisindeki "cumhuriyet" ile eşanlamlı değildir; çeşitli baskılara izin verir. Örneğin Sulla'nın sahip olduğu gibi geniş, özel yetkiler onunla kabili teliftir. "Libera res publica" Augustus tarafından yeniden düzenlenmiş gözükmemektedir, zira halk meclisi ve senato fonksiyonlarına yeniden kavuşmuşlar, cumhuriyetçi memur mekanizması dokunulmadan kalmıştır. Bu düzenleme yanında Princeps'in özel yetkileri veyeni imparatorluk memurları yer alırdı. Onun ötesindeki her şey, bir kurumu ortaya çıkaran, bir başkasını ise ölüme terkeden politik güçlerin tedrici faaliyetine bırakılmıştır. Princeps'in Augustus zamanında geniş ölçüde süreyle sınırlandırılmış olan özel yetkileri yavaş yavaş yerleşti ve Tiberius zamanında kaydı hayat şartıyla verilmeye başlandı. Halk meclisinin kanun koyma fonksiyonu Augustus zamanında bir politik gerçek olarak kaldı, sonra yavaş yavaş kayboldu. Gerçi lağvedilmedi, ama Princeps halk meclisine kanun tekliflerini götürmemeye başladı ve bu davranışı magistralar da takip ettiler. Halk meclisinin cezai kaza hakkı da aslında lağvedilmedi, ama daha Augustus zamanında, muhtemelen Princeps'in emriyle, hiçbir memur (magistra) artık bu prosedürü uygulamaya koymuyordu. Memur seçimleri Augustus zamanında halen halk meclisinin elindeydi, fakat Augustus'un halefleri onun terekesinde, kendisinin uygulamaya konulmasını sürekli geciktirdiği ve sonra Tiberius tarafından yürürlüğe konan bir reform planı buldular: O bu seçimleri senatoya devretti; bununla beraber şeklen halk meclisine hâlâ danışılıyor görünüyordu. Halk meclisinin böyle tamamen kuvvetten mahrum edilmesi yavaşça ve hemen hemen farkedilmeden gerçekleşti. Burada itici kuvvet bir müstebitin iktidar arzusu ve hırsı değildi, aksine halk meclisi, imparatorlukta vatandaşların sadece küçük bir parçasının orada toplandığı ve onlar da en iyiler olmadığı için gündün güne anlamını yitirdi. Sadece Roma ile sınırlı kalmayan ve Roma dışında İtalya'da ve eyaletlerde yaşayanların katıldığı bir halk oylaması, halk meclisinin politik anlamını ve önemini zaman içerisinde koruyabilirdi. Augustus, İtalya'da kendisinin kurduğu kolonilerde yaşayanlara evlerinde oy kullanma ve bu oy pusulalarını Roma'ya gönderme hakkını verdi. Bu gecikmiş ve arayış içindeki bir denemeydi ve o noktada da kaldı. Atalarının tanrısal elin yol göstericiliğinde kararlarını aldıkları eski kutsanmış yerlerde yaşayan halk topluluğunun katılmadığı bir halk oylaması tutucu Romalılara imkansız görünüyordu. Senato'ya dokunulmadı, onun yetkileri artırıldı. Augustus ve Tiberius ve sonra Trajan'dan Marcus Aurelius'a kadar olan imparatorlar ciddi bir şekilde senato ile işbirliği içinde çalışmayı denediler ve çalıştılar da. Onun zaman içerisinde ülkenin hayati bir organı olarak kalıp kalamayacağı, üyelerinin karakteri, yeteneği ve çalışma arzusuna bağlıydı; bu özelliklerin kaybolmasıyla senato yozlaşarak bir süse dönüştü.

Diocletianus'un devlet yapısında da durum benzer şekildeydi. Yeni olan şüphesiz göze çarpar, ama devirlere düşkün tarih, ilk üç yüzyıldaki devlet biçimi Principatus'un karşıtı olan Dominatus'u Diocletianus ile başlatarak bu ayrımı şiddetle vurguluyor. Diocletianus ve halefleri hukuki açıdan sverus, Caracalla ve Hadrianus gibi son derece mutlak hükümdar değillerdi; Diocletianus'un anayasası açıkça Augustus'tan Neron'a kadar olan imparatorların aristokratik devlet biçiminden daha demokratik ilkeler taşıyordu. seremonik formaliteler ve ünvanlar bu hakikati ortadan kaldıramaz, gizleyemezler. Principatus'un geleneklerine bağlı kalındı, senato politik önemini henüz Diocletianus devrinde kaybetmedi ve belki e. Stein doğru hüküm veriyordu: "4. yüzyılın politik önemi (başarısı), yeninin yaradılışından ziyade kuralsız oluşan eskinin bir sistem oluşturan mükemmel düzeninden ibarettir."

Nihayet Roma'nın son anayasal oluşumu İtalya'daki Ostrogot İmparatorluğu çok öğreticidir. Nasıl olup da, politik olarak önceden varolan Cermen Krallığı'nın hukuken Roma İmparatorluğu'nun bir kısmı olarak şekillendiği, Ostrogot kralının genişletilmiş yetkileri haiz bir "Magister Militum" ve Bizans İmparatoru'nun memuru olarak gözüktüğü, Cermen kralına Romalı memur olarak "ius edicendi"nin tanınması, ama yasa koyma yetkisinin Roma imparatorunda bırakılması, ama bunun da Gotik beyannameler açısından pratik bir öneminin bulunmaması, -tüm bunlar "tribunicia potestas", "proconsül imperiumu" ve başka birtakım özel yetkilerle imparatorluğu kuran Augustus'un metodlarına uygundur.-

Usul Hukukunun tarihide aynı görüntüyü vermektedir. "Quaestiones perpetuae" oluşumunu yabancı hukukun önerilerine borçludur, bunların düzenlenmesi ve geliştirilmesi ise Romalılar tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu usul yavaş yavaş, adım adım ferdi suçlar ve suç grupları için birer özel yasa ile yerleştirildi ve Cumhuriyet devrinde ihtiyari bir usul olarak kaldı. Bunun yanında salt magistraya ve halk meclislerine ilişkin usuller de geçerli kaldılar. Ama memurlar cezalandırmayı gittikçe "quaestiones mahkemeleri"ne bıraktılar ve böylece "quaestiones perpetuae" yavaş yavaş olağan usul haline geldi. Principatus devrinin sonlarında imparatorluk mahkemesi yargısı, senato mahkemesi yargısı ve memur mahkemeleri yargısı tarafından ezilerek ortadan kalktı.

Özel usul hukukunda Lex Aurbetia önceleri Legis Actio usulünün yanında ihtiyari usul olarak, Formula usulü olarak tanımlanan yeni yazılı şekil usulünü ortaya koydu. Buna rağmen kişiler ağırlığına ve tehlikeliliğine aldırış etmeksizin, rahatsız olmaksızın sebatla eski sisteme sıkı sıkı bağlı kaldılar. Ama yavaş yavaş Formula usulü kendini kabul ettirdi; Augustus yandaşı usul kanunu koyucusu bu gelişimi onayladı ve Formula usulünü normal usul haline getirip, eski usulü sadece istisnai durumlar için muhafaza ederek sonuçlandırdı. Formula sisteminin şekilciliği -19. yüzyıl biliminin onu tanıttığının aksine- hiçbir şekilde hukuk mantığının şaheseri olmamasına rağmen, Formula sistemine üç yüzyıl boyunca bağlı kalındı. İkinci ve üçüncü yüzyıldaki ilmi içtihatlar için bu şekilcilik, onları şiddetle kurallardan ayrılmaktan alıkoyan bir itici güç olmuştur. Formula usulünün yanında yavaş yavaş salt memur usulü gelişmiş ve üçüncü yüzyılın sonunda tam olarak nasıl geliştiğini bilemediğimiz bir şekilde Formula usulünü tamamen bir kenara itmiştir, buna ilişkin belirli bir reform yasasının adını veremiyoruz. Ama bu yeni, magistraya ilişkin usul de gene sürekliliği korumaktadır: Usulün iki bölümlülüğü ve yazılı şekil korundu, keza formula usulünün terminolojik (yerleşmiş) öğeleri de; actio, exceptio, actionem dare ve denegare, litis contestatio vb.- tüm bu deyimler kullanılmaya devam edildi, ancak şimdi başka bir anlamları vardı; bunlara başka birer anlam verildi, ancak aynı zamanda muhafaza edildiler. Iustinianus ve onun yandaşları da başka türlü

hareket edemezlerdi. Bu noktada Roma gelenekçiliğinin, hukukun açıklığını aşırı ölçüde tehdit ettiği inkar edilemez; Iustinianus'un pandektlerinin açık ve doğru bir şekilde Bizans hukukuna çevrilmesi çok zordur.

Özel hukuktaki muhafazakarlığı izah etmek aslında gereksizdir, bu hemen hemen her konuda incelenebilir. Birkaç örnek burada yeterli olacaktır. Ius civile ve praetor hukukundan oluşan ikili hukuk sistemi bütün klasik devir boyunca sadakatle muhafaza edilmiştir. Birleştirme çabaları ancak postklasik devirde başlamış ve Iustinianus hukukunda bile tam bir başarıya ulaşabilmiş değildir. Mülkiyeti nakil işlemi olarak mancipatio esasen praetor mülkiyetinin tanınması ile önemini yitirmiş, buna rağmen klasik sonrası devre kadar varlığını sürdürmüştür. Rehin hakkının dava yoluyla himayesinin gelişmesi karakteristiktir. Önceleri sadece teslim şartlı rehin alacaklısı zilyedlik davaları aracılığıyla himaye ediliyordu. Daha sonra ilk olarak hasılat kirasına verenin, kiracının malzemesi (invecta et illata) üzerindeki teslimsiz rehin hakkı, önceleri sadece bir interdictum aracılığıyla (Interdictum Salvianum), daha sonra da bir aynı dava vasıtasıyla (actio Serviana himaye edilmiştir. Sonraları actio Serviana teslimsiz rehin hakkının diğer hallerini ve nihayet teslimli rehni de kapsayacak şekilde genişletildi. Alacağın temlik uygulanmıyordu. Bu yöndeki açık gereksinimi giderebilmek için birtakım suni yollara başvurmak ve dava vekaletnamesini devir ve temlikin sürogratı olarak oluşturmak gerekiyordu. Burada da tipik Romalı gibi davranılıyordu. Devralan, önceleri alacak sadece mirasın satılmasından kaynaklandığında, sonraları her türlü alacak satımında ve nihayet Iustinianus hukukunda her türlü devir ve temlikte bir "actio utilis"e sahip oluyordu. Yunan hukukunda yer almasına ve sözkonusu ihtiyaç imparatorların ve hukukçuların sürekli karşısında durmasına rağmen doğrudan temsil de, birkaç istisna bir kenara bırakılacak olursa, kabul edilmemiştir. Tam 3. şahıs lehine sözleşme de ancak klasik sonrası devirde bazı özel durumlarda kabul edilmiştir; Iustinianus hukukunda genel olarak kabul edilmediği hususunda kesin bir şey söylenemez. Noter tarafından hazırlanan satış tipi mukavelelerin cumhuriyet devri hukuk alimlerince lafzı yorumundan kaynaklanmış olması muhtemel olan zapt prensibi, klasik hukukçuların eksik yönlerini tespit etmelerine rağmen bertaraf edilememiştir; Iulianus gibi büyük bir otorite bir keresinde bir yerde bu prensibi aşmıştır: Ancak prensibe sadık kalınmıştır. Miras hukukunda cumhuriyet devri kaidesi olan *semel heres semper heres*, art mirasçılığa olan açık ihtiyaca karşın tartışmasız görünüyordu. Bazı zorluklara ve suni zorlamalara düşülmesine rağmen, genellikle "fideicommissum universitatis" in sürogratları tercih ediliyordu.

Metodik ve sistematik bir hukuki eleştirinin ve hukuk politikasının reddedilmesi ve Roma tutuculuğunun bir başka sonucudur. Şüphesiz yürürlükteki hukukun çeşitli eksiklikleri karşısında gözler kapatılmıyordu, ama salt olumsuz eleştiriye cevaz verilmiyordu, sadece eksiksiz olanı göstermek suretiyle eksikliği olumlu şekilde eleştirmek caizdi. Her bir hukuk kurumunun ve hukuk kuralının haklılığını araştırmak, lehte ve aleyhte nedenleri tek tek belirlemek, özellikle yabancı hukuklardan faydalanarak başka şekil verme olanaklarını incelemek: tüm bu mantıklı fikir tartışmalarını Romalı hukukçuların tutucu zihniyeti tartışmasız yadsımaktadır; böyle bir eleştirisel yaklaşım karşısında tipik bir Romalının kan beynine sıçrardı. Neratius'un "*hukuk düzeninin nedenleri araştırılmamalıdır, zira aksi takdirde kesin olan birçok şey yıkılacaktır*" demesiyle bir Roma prensibi formüle edilmiş olmaktadır derleyiciler bu deyişin irtibatını koparmak ve onu Digesta I. 3'e koyarak, ona prensip olarak bir anlam vermek suretiyle hukuk yaratmışlardır. Roma anayasa hukukuna ilişkin eleştirisel incelemeler, en iyi devlet şekli hakkında görüşler ve müzakereler Roma çevrelerinde de Yunanlı etkilerle yeşermiş olmakla beraber, bu hare-

ketler Roma'da literatür alanında sadece bir Yunanlının (Polybios) ve Yunanlı örneklerine bağlı olan bir Roma'lı (Cicero) kitaplarında etkisini göstermiştir. Aristoteles'in okulunda filizlenen anayasal karşılaştırmalı hukuk da Romalılar tarafından benimsenmemiştir; Platon'un Politeia'sı gibi anayasa hukukuna ilişkin ütopyalar Romalılara tamamen yabancıdır. Özel hukukta Romalıların bu ana yaklaşımını kaynaklarımızın her tarafında okuyabiliriz. Hukuk kurumlarının ve esaslı hukuk kaidelerinin gerekçelendirilmesinden son derece küçük istisnalar dışında kesinlikle sözedilemez: Neden mancipatio için 5 şahit gereklidir? Neden hiç kimse sahip olduğundan fazla bir hakkı başkasına devredermez? Neden köle bir işi başaramaz? Neden kiracı ve hasılat kiracısı zilyed değildir? Neden alacağın temlik, doğrudan temsil ve üçüncü kişi yararına sözleşme mümkün değildir? Neden satımda sapt prensibi geçerlidir? Neden trampa rızai sözleşme değildir? Neden *semel heres semper heres* kuralı geçerlidir? vb. vb. Yanına düzinelerce benzerini ekleyebileceğimiz tüm bu sorular hukukçular tarafından müzakere edilmek ve cevaplandırılmak şöyle dursun, hiçbir zaman ortaya bile atılmamıştır. Platon'un kanunları ve Theophrast'ın karşılaştırmalı özel hukuku Roma'da hiçbir etki yapmamıştır. Gaius hukuk kaidelerinin nedenlerini araştırmakla, birinin veya öbürünün eksik olduğunu açıklamakla ve mukayeseli hukuka giriş yapmakla, -tüm bu açıklamalar gerçek bile olsa- sadece kendi özel durumunu ortaya koymaktadır. Yunanlı etkilerin hukuk alanında da kuvvetlendiği ve gelenekteki gevşeme sonucunda bazı klasik kuralların anlamsızlaştığı klasik sonrası devirde hukuki eleştiri de biraz gelişmiştir: Hukuk kaidelerinin gerekçelendirilmesine çalışılmış veya hiç olmazsa bir soru işareti konulmuş; Bologna Okulu'nun "quare-Literatur"una giriş adımları açıktır. Bu akım uç noktasına Iustinianus'un reform kanunlarında ulaşmıştır. Fakat Iustinianus'un kanun koyma yapısı da -ki bu yapının hiçbir yerinde açıkça reform kanunlarının bizans ilmi içtihatlarının hukuki eleştirisine dayandığı belirtilmemiştir- Romalı hukukçuların hukuki eleştiri ve hukuk politikasını kendi görev alanına dahil etmediği izlenimini uyandırmaktadır ve böylece Bologna Okulu'nun yeni hukuk ilmi de tabii hukuk çağına kadar salt pozitif yönelik kalmıştır. 19. yüzyılın başlarında tabii hukukun etkisini yitirmesi tekrar tutucu pozitivist hukuk ilminin baskınlığını ifade etmektedir, ki bunun görevlerini Glück 1825 yılında anlaşılır bir şekilde şöyle formüle etmiştir: "*Aslolan bir kere geçerli olarak tanınmış (yürürlüğe konmuş) yasalar hakkında karar vermek değil, benzerleri hakkında konuşmaktır*". Windscheid'in "der Pandekten" isimli eserinin son basısında şu cümleye rastlanıyor: "*Eşyanın tabiatına, hayatın akışının ihtiyaçlarına nelerin uygun düştüğü hakkında kişiler değişik görüşlere sahip olabilirler; ama önemli olan bu konuda bizim ne düşündüğümüz değil, kanun koyucunun ne düşündüğüdür*". Klasik tutuculuk burada tuhaf ve tam anlamıyla klasik olmayan bir pozitivizme yükselmektedir.

Roma hukuk ilmi gibi diğer yönlerden son derece gelişmiş bir hukuk ilminde, hukuk tarihi incelemelerinin hiç bulunmayışı da Roma tutuculuğundan kaynaklanmaktadır. Hukuk tarihi mesafe hissini gerektirir. Genel tarih ise yurtsever kuruluşu elde etmeye çalıştığı veya harikulade orijinal olaylara duyulan mutluluğu tatmayı ve aktarmayı amaçladığı sürece, buna gereksinim duymaz. Hukuk tarihinde bu büyük ölçüde ortadan kalkar. Geçmişten esas itibariyle farklı olmak, ancak tarihsel açıdan yine onunla bağlı olmak duygusu olmaksızın, hukuk tarihi için gerekli anlayış ve ilgi düşünülemez. Bu tarihsel mesafe hissi şüphesiz baştan itibaren mevcut değildi. "Schwabenspiegel"ın yazarının, Roma hukukunu nasıl saf bir şekilde kendi ortaçağ hayal dünyasına yerleştirdiğini, birlikte mirasçılıktaki *beneficium divisionis* kuralını koyanın kendisine "Adrianus adında bu ülke hukuku için çok şeyler yapan bir usta" olarak, hukukçu Marcellus'un "krala

iyi hukuk kuralları konulmasında yardım eden ülkenin hukuk ustası" olarak, kadınların usul hukukuna ilişkin dava ehliyetsizliğine ilişkin praetor edictumunun kralın hükümdar konseyi ile koyduğu bir nizamname olarak görüldüğünü gören kişilerin şaşırılmaları gerekir. Yunan medeniyetinin aydınlık ışığında bulunan klasik yazarlarda dahi tarihsel mesafe hissini tamamen eksik oluşu gerçekten dikkat çekicidir. Ancak geçmişle iç bağlantılı onunla tek vücut olma duygusu hakimdi. Artık geçerli olmayan hukuk hemen unutulur ve sadece hukukçu olmayan garabet toplayıcıları onunla ilgilenirlerdi. Yürürlükteki hukuk ise ruhani birlik olarak telakki ediliyordu. Tarihi devirler arasındaki farklar görülüyor veya görülmek istenmiyor, eski kurallar bilerek veya bilmeyerek başka şekilde yorumlanıyor, modern kurallarla birleştiriliyor ve onlara uygun hale getiriliyordu. M. S. 1. yüzyıldan 3. yüzyıla kadar çıkan hukuk dergilerinde tüm hukuk -12 Levha Kanunu, eski özel hukuk, praetor hukuku, imparator emirnameleri ve senato kararları- tüm perspektifleriyle incelenmeden sadece yüzeysel bir şekilde yer alıyordu. Hukuk tarihi ve tarihsel gelişim açısından incelemelere sadece çok az ve yetersiz çalışmalarda rastlanıyordu.

Birkaç örnek yukarıdakileri açıklamaya yeterli olacaktır.

İlk olarak Gellius (Noct. 16, 10) tarafından oluşturulan küçük sahneye bakalım (zira bu bölüm, Cicero'nun diyaloglarındaki bu senectute veya de amicitia kadar az tarihsel gerçeklik taşımaktadır). Gellius, Ennius'un yüksek sesle okunduğu forumda işsiz bir grup insanın arasında oturduğunu düşünür. Bir mısradaki "proletarius" kelimesi geçer ve anlamı hakkında tartışılır. Gellius grup içinde hukukçu bir arkadaşını (ius civile callentem, familiarem meum) görür ve ona kelimenin anlamını sorar. O reddeder: o hukukçudur, filolog (filolojist) değil (se iuris, non rei grammaticae peritum esse). Gellius özellikle bu nedenle onun, 12 Levha'da yer alan bu sözcüğün anlamını bilmesi gerektiğini söyler. Bunun üzerine hukukçu canı sıkılmış şekilde sabırsızlıkla şu cevabı verir: "Eğer İtalyan yerlilerinin hukukunu okumuş olsaydım, o zaman bunu bilmem gerekirdi. Fakat 12 Levha'nın köhnemiş içeriği (omnis duodecim tabularum antiquitas) çoktan kullanılmaz hale geldiğinden, bunu dert edinmemeye hiç gerek yok, çünkü bu sadece yaşayan hukukla ilgilenmem gerekir (studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque earum quibus utimur)". Bir doctus poeta'ya (uzman şair) danışmak gerekir ve o da gerekli açıklamayı yapar. Gellius'un hukukçu arkadaşının kim olduğu ve Gellius'un hangi kaynaklara danıştığı bizi ilgilendirmemektedir; her halükarda bu metin hukukçuların tarihle hiç ilgilenmediklerinin birinci dereceden kanıtıdır (primum gradum certitudinis). -Ayrıca Labeo'nun Iniuria öğretisindeki açıklamaları da çok önemlidir. 12 Levha beden tamlığına verilen zararları ele almaktaydı ve hafif vakialarda zarar görenlere 25 As'lık tazminat davası veriyordu. Praetor edictumu bütün iniuria vakialarında hakimin serbest takdiriyle belirleyeceği tazminat miktarında bir tazminat davası öngörüyordu (actio iniuriarum aestimatoria), fakat bununla bağlantılı olarak şahsiyete saldırının diğer bazı tam belirlenmiş hallerinde de benzer tazminat davaları öngörmektedir. Labeo 12 Levha'nın düzenlemesini bu kanuna ilişkin yorumunda tartışır (Gellius 20, I, 13). belirli bir tazminat miktarına yönelik eski devirlerdeki bir davanın, 25 As o zamanlar önemli bir değer ifade ettiği için, uygun olduğunu, ancak bu düzenlemenin As'ın değer yitirmesi dolayısıyla anlamını yitirdiğini söylemek yerine, tazminat miktarı çok düşük belirlendi diye 12 Levha'nın bu düzenlemesini onaylamaz (non probat), L. Veracius'un tokatlarının hikayesini anlatır ve şöyle bitirir: Bu nedenle praetorlar 12 Levha Kanunu'nu bir tarafa ittiler ve kendi actio aestimatoria'larını önerdiler. Aynı Labeo kendi edictum yorumunda, özel edictumu iniuria başlığında ne quid infamandi causa fiyat olarak ele almaktadır. O praetor'un neden bu özel edictumu düzenlediğini sorar, zira actio iniuriarum aestima-



toria'yı öngören ilk edictum aracılığıyla bu özel vakıa için de çözüm getirilmişti; iftira da iniuria'dır. Labeo özel edictumu gereksiz olarak açıklıyordu, praetor bunu sadece açıklamak için düzenlemişti. Akla yakın açıklama: 12 Levha'daki iniuria sadece beden tamlığının ihlalini kapsamaktaydı; praetor actio iniuriarum aestimatoria'yı yarattığında, o bununla sadece beden tamlığının ihlali için bir dava etmekteydi; daha sonra bu davanın yanına, belki ardısına, özel vakıalara ilişkin davalar konuldu, ki bu davalar sadece beden tamlığının ihlaline ilişkin olan ilk edictumun kapsamına doğaldır ki girmemekteydiler. Daha sonra da iniuriis başlığına ilişkin tüm vakıaları birlikte kapsayan ve sonunda "iniuria" altında şahsiyete yönelik her türlü ihlali anlayan bir iniuria kavramı oluştu; bununla birlikte özel edictumlar fiiliyatta gereksiz hale geldiler- bu düşünce silsilesi Labeo'ya çok uzaktı. O edictumlara zaman sırasıyla bakmayı ve edictumu tarihsel bakış açısıyla açıklamayı hiçdüşünmedi. Edictumlardaki kanun yollarının hepsi onun için yan yana duruyorlardı, bir bütünlük oluşturuyorlardı, praetor onları yaratmıştı.- Daha sonraki zamanlardan da sadece zaman zaman, tek tek, dağılmış tarihsel gözlemlere rastlıyoruz: Eski aile birliğinden sui heredis'in yasal statüsünün açıklanması: D. (28, 2) II, Gaius 2, 157; Asker vasiyetnamesinin tarihçesi: D. (29, I) I pr.; de bonis libertorum edictumu'nun tarihçesi: D. (38, 2) I. Bir de hukukçulardan, edictumdaki şu veya bu kanun yolunun şu veya bu kişi tarafından konulduğunu duyarsınız, ama aleni kütüphanelerde okunabilen eski edictumların gerçek anlamda tam olarak incelenmesi onlar için sözkonusu olmazdı. - Pomponius'un Enchiridion'undaki tarihsel notların yetersiz derlemesi, bu eser gerçekten ondan kaynaklanmış olsa bile -ki biz buna inanmıyoruz-, önemli bir örnek sayılmaz. Yine Gaius'un özel bir yeri vardır. O belli ölçüde tarihe ilgi duyduğunu göstermektedir. O sadece kendi 12 Levha yorumunun şatafatlı-retorik girişinde hukuk tarihi bilmenin gerekli olduğunu ve tarihsel olmayan yorumu "yıkanmamış ellerle" çalışma olarak gördüğünü belirtmemiş, aynı zamanda kendi kurumları gerçekten tarihsel pasajlar içermiştir: Vasiyetnamenin -özellikle mancipatio vasiyetnamesinin- tarihçesi (2, 101 vd.); praescriptio'nun tarihçesi (4, 133); condemnatio pecuniaria'nın tarihçesi (4, 48); legis actio usulünün tarihçesi vb.

Iustinianus ve onun çevresi de klasik geleneğe kapılmışlardır. Pandektlerin 300-500 yıl geride kalmış ilmi içtihatların hülasasından bir kanun yapma planı gibi bir plan, sadece bu ilmi içtihatların tarihsel sınırlılığının göreceli olduğunun farkına varamayan, klasik hukuk ilmini Bizans ilmi içtihatları ile beraber bir birlik olarak geçmiş zaman değil şimdiki zaman gibi telakki eden, Ulpianus ve Iulianus arasındaki mesafeyi, Bizanslı Heroes'le olan mesafeden daha fazla görmeyen insanların kafasında oluşabilirdi.

Son olarak tüm bunlardan, Roma hukuk tarihinin devirlere ayrılmamış olması ortaya çıkmaktadır. Bizim açıklamalarımızda zorunlu olarak belirttiğimiz mutad devirler Cumhuriyet, Principatus, Dominatus, belli görünüşleri (hadiseleri) abartmakta ve birbirlerine bağlı (ait) olanları zorla ayırmaktadır. Th. Mommsen'in kendisini, Roma Anayasa, Ceza ve Ceza Usul Hukuku'nda olduğu gibi belirli bölümlerin sistematik düzenlemesiyle ve ferdi öğretilerin tarihi düzenlemelerin bu sistem içerisindeki uzunluğuna kesitleriyle sınırlaması bir tesadüf değildir. Esasında bu, konuya uygun tek düzenleme metodudur.

Genelde Roma hukuk tarihindeki periyodsuzluk, özelde Roma hukuk ilminin tarihindeki periyodsuzluğa tekabül etmektedir ki, bu da tek tek hukukçuların -bunlar en ünlüleri bile olsa- ilmi hukuki şahsiyetler olarak ele alıp, diğerlerinden net ve kesin bir şekilde ayırmak ve mukayese etmekteki güçlükten kaynaklanmaktadır. Savigny'nin

1814'de yaptığı Roma ilmi içtihatlarının tasvirinde -şaşırtıcı şekilde- bu hususa kısa ve çarpıcı bir şekilde değinilmektedir:

Vom Beruf (3. bası), s. 29 ve 157: *"Bu Roma metodu hiçbir şekilde münhasıran bir büyük veya daha az büyük yazarın mülkiyetinde olmayıp, daha ziyade herkesin ortak malıdır ve her ne kadar kendi içinde çok farklı ölçüde başarılı uygulamalara ayrılmakta idiyse de, metod her tarafta aynı idi. Çeşitli yazarların yazılarını tam olarak elimize geçirip incelemek bile, bunlar içinde bir başka literatürdekinden çok daha az ferdiyetçilik buluruz, bunların hepsi adeta tek ve aynı büyük eser üzerinde çalışmışlardır ve bu nedenle Pandektlerin derlemesinin temelinden yatan fikir tamamen yabana atılmamalıdır. Onların tüm hukuk literatürü bir organik bütün oluşturmakta idi; (yeni hukukçuların deyişiyle) o zamanki hukukçuların misli şahıs oldukları söylenebilir"*.

"Misli şahıs" kavramı mübalağalıdır, ancak bunun yanısıra tasvir ve vasıflandırma çok güzel ve doğrudur. Hukukçuların ifade tarzlarında ve düşünce bağımsızlığında farklılıklar olması doğaldır; Savigny bunu yadsımamış, tersine açıkça vurgulamıştır. Şu veya bu hukukçunun dilsel özellikleri derlenebilir, şu veya bu hukukçunun ortaya koyduğu öğretiler sayılabilir: ancak tüm bunlar, Roma hukukçularının metodlarında önemli değişiklikler görülmediği, mahkeme içtihatlarının 3. yüzyılın ortalarına kadar tamamen sabit kaldığı, genel olarak bilimsel ferdiyetçiliğin yavaş geliştiği olgusunda bir değişiklik yaratmamaktadır. 16. yüzyıldan beri Alman hukuk ilminin göstermiş olduğu devirler Roma'da bulunmamaktadır. Cujas, Anton Faber, Donellus, Hugo Grotius, Thomasius, Savigny, Ihering, Otto Gierke, Windscheid, Brinz, Josef Kohler -sadece birkaç tanesini belirtmek için- gibi bilimsel kişilikler Roma hukuk ilminde her zaman boş yere aranacaktı. Romalı hukukçuların hiçbiri temel konularda kendilerinden önceki ve sonraki hukukçulardan farklı şeyler öğretmediler, tıpkı Sabinus ve Proculus okullarının öğretimi arasındaki temel farklılıkların Oxford ve Cambridge arasındaki farklılıklardan fazla olmadığı gibi. *"Kısaca aralarında benzerlik hakim olan bir aile ve tam doğru bir söyleyişle, hepsinin tek bir karakteri vardı"*. Ferdiyetçi 19. yüzyıl, Roma hukuk ilminde ferdiyetçiliğin yokluğunu bir eksiklik olarak telakki eder ve -tabii ki boş yere- saygıdeğer Romalı üstadları bu eksiklikten, bu ayıptan arındırmaya çalışır. Ancak Romalı hukukçuların küçük, tutucu, sabit ve kendi yarattıkları geleneklerine bağlı çerçevesinde tam tersine ferdiyetçiliğin ortaya çıkması, devrimci ve bu yüzden yakışsız ve eksiklik olarak görünecekti. Burada fert büyük model (tip) içinde kaybolmak istemektedir. Böyle bir çevrede gelişmeye yalnız alüvyon şeklinde izin veriliyordu.