

ROMA HUKUKUNUN PRENSİPLERİNDEN SADAKAT (*)

Yazan : Fritz SCHULZ

Çeviren : Doç. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ

Huius imagine ante oculos posita venerabile Fidei numen dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, extantat quam semper in nostra civitate viguisse omnes gentes senserunt.

(Bu görüntüsüyle gözönüne serilmiş olan sadakatin mukaddes işareti, sözüne bağlılığı insan hayatının en sağlam garantisini olarak göstermektedir; bütün kavimler bizim devletimizde bunu geçerli olduğunu bilirler).

Valerius Maximus, Mem. 6, 6

Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas.

(Nitekim adaletin temelini sadakat teşkil eder, bu, sözlerin ve anlaşmaların devamlılığı ve gerçekliği demektir).

Cicero, De Officiis I, 7, 23.

Fides eski devirlerde sözüne bağlılık, sözünü tutma olarak tarif edilirdi: *fit quod dicitur* (söylenen olmalıdır). Her ne kadar bu tarif kelime oyunlarına dayanan malûm etimolojik tanımlardan biri oldu-

(*) Bu prensip müellifin "Prinzipien des römischen Rechts" (1954) adlı kitabında yer almaktadır. Dipnotları kitap itibarıyla bütünlük gösterdiğinden tercümeyle alınmamıştır.

ğu ve bununla kelimenin anlamı belirgin hale gelmediği halde, yine de kelimenin esas muhtevası ifade edilmiş olmaktadır. Bundan sonra sadakat kelimesi ile belirteceğimiz *fides* sözüne bağlılık, kendini beyanına bağlı hissetmek, demektir.

Romalılar sadakatleri ile övünürlerdi ve Roma sadakatini “Kartaca” ve “Yunan” sadakatinden gururla tefrik ederlerdi. Sadık olmak onların hayat prensiplerinden bir tanesi idi. Tabiatıyla onlar da bazen kendilerini sadakati ihlal etmiş olarak görürlerdi, fakat bir hukuk kuralının ihlali, bu kuralın varlığına ne kadar az tesir ederse, bu prensibin ihlali de varlığına o kadar az hanel getirir. Romalıları ciddi olarak sadakati ararlardı; sadakatsızlık onlar için toplumsal bir leke idi. Sadakat Romalıları göre en önemli erdem olan *constantia*'nın (karakter sağlamlığı) bir cephesidir; take a course and stick to it (bir yol tut ve ona devam et). Romalıları sadakatten konuştukları zaman heyecanlanırlardı. İhtiyar Cato, atalarının Kapitol'deki Fides tapınağını, tanrıların en büyüğü ve en iyisi olan Jüpitere en yakın olarak inşa ettirdiklerini gururla belirtirdi. Cicero sadakati “hayatta en mukaddes şey”, Valerius Maximus ise “insan mutluluğunun güvencesi” olarak niteliyordu. İlk Makkaber kitabının müellifi: “Romalıları dostlarına ve kendilerine güvenenlere karşı dostluklarını tutmakla ün salmışlardır” der. Johanna İncili'nin müellifi, Pilatus'u ısrarla sözüne bağlı tutar: “Yazdığımı ben yazdım”.

Roma hukuku bazı karakteristik çizgilerini özellikle sadakat prensibine borçludur.

Şekilsiz hukukî muamelelerin erkenden kabul edilmiş olması öncelikle işaret edilmeğe değerdir. Sadakat, ne şekilde ifade edilmiş olursa olsun, verilen sözün tutulmasını icap ettirir. Dört rızaî akit, alım satım, kira (buna ücretli iş akdi de dahildir), şirket, vekâlet, daha Cumhuriyet devrinde mevcuttu. Rızaî olan alım satım M.ö. II. yüzyılda bile bilinmekteydi. Karz, vedia ve ariyet de Cumhuriyet devrinde şekilsiz (aynî) akit olarak teşekkül ediyordu. Şekle bağlı olmayan ibra akdi çok eskidir, şekilsiz tecil akdi ise Milattan önce ikinci yüzyılda malûmdur. Keza dava ile takip edilebilen praetor *pactum*'ları, *constitutum* anlaşması, *receptum argentarii*, *arbitrii*, *nautarum*, *cauponum*, *strabularium* da Cumhuriyet devrine aittir. *Res nec mancipi*'lerin şekilsiz devri ve rehin çok eskidir. Kadının kocasının hâkimiyetine girmediği evliliklerde evlenmenin şekle

bağlı olmaksızın gerçekleştirilmesi için de aynı şeyi söylemek mümkündür. *Fideicommissum* da aslında sağlar arasında ifade ve kabul edilen bir rica idi, bu ricayı kabul eden kimse sadakate, yani sözünü tutmakla mükellefti, tabiatıyla ancak Augustus zamanında hukukî bir mükellefiyete dönüşmüştü. Postklasik devir şekilsiz hukukî muamelelerin çevresini daha genişletmişti, bu devir özellikle *mancipatio* ve *in iure cessio*'yu metrukîyete uğratmış ve nihayet ortadan kaldırmıştı. Ayrıca ölüme bağlı tasarrufların şekle olan sıkı bağlılığını bertaraf ettiği gibi *stipulatio*'yu hazırlar arasında yapılan şekilsiz sözlü veya yazılı bir anlaşma haline dönüştürmüştü.

Roma sadakati için karakteristik olan, geçerli bir borç akdinden doğan sıkı bağlılıktır. Eğer icabın bağlayıcılığı bilinmiyorsa, hatta bu hususta uzun uzadıya düşünülüp taşınılmıyorsa, bunun nedeni herşeyden evvel gaipler arasında (pratik bakımdan problem buradadır) akit yapmanın Roma hukuku için mutad olmadığında aranmalıdır; işler için köleler, azatlılar ve dostlar kullanılırdı. Oluşmuş bir akit ise bağlayıcıdır; akitten tek taraflı dönme ise mümkün değildir.

Bu esas en açık şekilde alım satımda görülür. Akdi ihlalden dolayı kanunî dönme hakkı Roma hukukuna daima yabancı kalmıştır. BGB 325, 326'daki dönme köklerini Cermen hukukunda bulur. Bu dönme hakkının Helen hukukunda da mevcut olduğu ve dilekçe sahiplerinin imparatora verdikleri dilekçelerde daima bu hakkı söz konusu ettikleri nazara alınır, Romalıların bu tutumu daha anlamlı hale gelir. Bununla beraber imparator emirnameleri bu hakkı daima reddetmiş ve dilekçe sahiplerini akitteki şartlara riayete davet etmiştir. Mal kirasına gelince; kirada feshi ihbar sürelerine uyulmak suretiyle fesih, Roma hukukuna tamamen yabancıdır. Kira akdi belirli bir süre için yapılıyordu. Akdî ihlal sebebiyle feshi ihbar hakkı gerçi Corpus Iuris'te yer almıştır ama, dikkatle incelendiği zaman klasik dönem sonrasına ait *interpolatio*'ları her tarafta farketmek mümkündür. Kiracının kullanmaya devamının tehlike teşkil edeceğine dayanan bir feshî ihbar hakkı mevcut olmadığı gibi, kiraya verenin mecurun tamire muhtaç olduğu veya mecura kendisinin ihtiyacı bulunduğunu ileri sürerek feshi ihbar hakkını kullanması da klasik hukukun yabancıdır. Ariyet akdinde bile ariyet verenin akdi ihlal veya kendi ihtiyacı sebebiyle feshi ihbar hakkının klasik hukukta

mevcut olmadığını görüyoruz. İsimsiz aynî akitlerdeki fesih hakkı postklasiktir; klasik hukukta burada bir borç akdi değil bir *datio ob causam* söz konusudur. Yalnız vekâlet akdinde taraflara feshi ihbar hakkı tanınmıştı.

Tautolojik bir kelime birleşimi olan *bona fides*'in akitler hukukundaki tesirine burada girilmeyecektir. *Bona fides* sözünü tutmayı da kapsar. Bir hüsnüniyet davasında "ex bona fide" kaydı dolayısıyla yan anlaşmalar dikkate alınıyor, alım satımda iki taraf karşılıklı ifayı talep edebiliyor, bir *stipulatio* davasında *exceptio doli* uyarınca şekilsiz ibra anlaşması nazara alınıyorsa, muteber bir akdin çerçevesi içinde *bona fides*'in ilk tezahürleri ile karşı karşıyayız, demektir. Fakat sadakat ve dürüstlük birbirine o kadar yakındır ki, "bona fides" dürüstlük manasına da gelir. *Bona fides*'ten sorumluluk artık sadece sözünü tutmak değil, namuslu insanların seciye ve âdetleri, muameledeki âdetler nazara alınarak dürüstlüğü muhafaza etmektir. Tabiiyle bu da bir bağlılıktır, fakat bu bağlılık kendi sözüne bağlılıktan başkadır, bu sadakat kavramı açıklamalarımızın başına koyduğumuzdan değişiktir.

Akde sadakatın yanında yemine sadakatin de zikredilmesi gerekir. Menşesindeki anlamını geniş ölçüde kaybetmiş olmasına rağmen yeminin, ilerlemiş devirlerde, sorumluluk bilincine sahip bir ciddiyetle uygulamada bulunması dikkati çekmektedir. Bâtıla inanmayan insan, yalan yemin yüzünden tanrıların gazabından korkmasa bile, onu *fides* bağlardı. Genel olarak yemini kolayca ihlalden Yunan hukuk sahasında şikâyet edilirdi, Roma'da değil. Octavius'un beyannamesinden yarım yüzyıl sonra bile, Çicero, cebirle elde edilmiş yeminin tutulmasını istemektedir.

Hukuk kaynakları nazariyesinde Roma sadakat prensibi şu iki önemli prensibi getirmiştir: 1. Magistra neşrettiği beyannamesine bağlıdır; yazdığını bizzat yazmıştır. 2. Hukuk kuralları geçmişe etkili değildir.

Önceleri magistrayı beyannamesine bağlı kalmaya zorlayacak bir hukukî bağlılık mevcut değildi, fakat sadakat, onun emrettiği ve istinat edilebilecek bağlılığı temin ediyordu; bu *fides*'in ihlali Roma'da kaideten vetoya yol açıyordu. M.ö. 67 yılında çıkarılan bir *lex Cornelia* praetor'ların beyannamelerine bağlılığını ifade etmiş

olmalıdır, fakat bunun hangi ölçüde olduğunu tabiatıyla bilmiyoruz. Görev yılı içinde ve bazı münferit hallerde beyannamenin *decreta* ile tamamlanması, Hadrianus zamanındaki beyanname redaksiyonuna kadar mümkün olabilmekteydi.

İster beyanname, kanuna, *senatus* kararına veya isterse imparator emirnamesine dayansın, bir hukuk kaidesinin geriye yürümeyeceği *fides*'in bir gereğidir. Kaideleri koyan da sözünü tutmalıdır; vaktiyle olduğu şekliyle hukuk düzenine itimat edilebilmeli, hareketlerin hukukî sonuçları görülebilmelidir. Bir hukuk kaidesi hiçbir zaman geçmişte yürürlükte bulunmuş hukukta vuku bulmuş vakıalara kadar uzanmamalıdır; o sadece "bu kanunun vaz'ından sonraki" olaylar için geçerlidir. Kanun koyucuyu da sadakate zorlayan bu büyük prensibi Cumhuriyet devri geliştirmiştir. Kanun koyucunun kendisini bu derece bağlaması mümkün olmadığından bu bir hukuk kuralı değildir; yine de istisnasız olmamakla birlikte, ısrar edilen bir prensipti. Cicero ceza hukuku kaideleri için geçmişe etkiyi, fiilin caniyane ve kötü olması dolayısıyla, kanun yoksa bile, mutlaka kaçınılması gereken haller için kabul etmekte, fakat bu hallerde dahi Romalı kanun koyucunun geri yürümeme prensibine sadık kaldığını belirtmektedir. Ceza kanunlarının çıkarılmasından önce işlenmiş suçlara da tatbiki emredilmişse, söz konusu olan sadece usulî kaidelerdir; fiilin cezalandırılabilirliği ve bu fiili *coercitio* veya bir magistral-komitial dava yoluyla cezalandırmak imkânı daha önceden mevcuttu. Buna karşılık Cicero, geriye etkili olmama prensibini medeni hukukta istisnasız uygulanmış görmek istemekte ve Roma kanunlarının buna uygun davranmış olduğunu belirtmektedir. Tabiatıyla İmparatorluk devri buna istisnalar getirmiştir. Ancak bu istisnalar fazla değildir, ekseriya klasik dönem sonrasına aittir; prensibin kendisi hiçbir zaman bozulmuş değildir ve Iustinianus tarafından da özellikle vurgulanmıştır.

Roma hayatında devamlılık arzededen sadakat ilişkileri pek çoktur. Bunların hepsi hukukî görünüş almamış olmakla beraber her konuda hukuk hayatına girmiştir. Roma hukuku bu münasebetleri şart koşar ve bu şartlar bilinmeden ekseriya doğru bir değerlendirme yapılamaz.

Azathı ile eski efendisi arasındaki sadakat ilişkisi hukuken teferuatlı olarak düzenlenmiştir. Azatlığın saygı ve itaat vecibesinden

bir dizi mamelekî ve mamelek dışı mükellefiyet doğmuştur. Münasebetin bu yönü hukuken daha az vurgulanmış olmakla birlikte, eski efendi azatlısına himaye ve yardım borçluydu. *Patronus* ile *cliens* (himaye edilen) arasındaki sadakat münasebeti hukuk dışında kalan bir münasebettir. Bir komün bile bütünüyle bir koruyucunun himayesine girebilirdi. Mutaden bu münasebet komün ile onu Roma imparatorluğuna getiren devlet adamı arasında tesis edilirdi. Sadakat münasebeti mirasçılara intikal eder ve karşılıklı mükellefiyetler yüklerdi. Örneğin *patronus cliens*'in aleyhine şahitlik yapamazdı, komünün hâmisi, himayesinde bulunan topluluğun menfaatlerini Roma'da bütün gücüyle korumak mecburiyetindeydi; bu şahıs *senatus* tarafından bazan bu komünün hukukunu yapmakla veya hakem kararı vermekle görevlendirilirdi.

Fertler arasında, komünlerle fertler ve komünlerin kendi aralarında yapılabilen misafirlik anlaşması elbette ilk planda misafirin ağırlanması, fakat bunun dışında iş teminine, hukuken koruma yani sadakat üzerine kurulur. Misafirlik anlaşması da hukukî münasebet haline gelememiştir.

Quaestor ile konsülleri veya valisi arasında görevin bitmesiyle ortadan kalkmayan bir sadakat münasebeti mevcuttu. Cicero, çocuğun babasıyla olan durumuna benzeterek, *quaestor* ile yüksek memur arasında yakın bir ilişki olduğunu söylemektedir; *quaestor* onun azarlamalarına tahammül etmeli, amirine faydalı ve yardımcı olmalıdır, ona karşı şikâyetçi olarak çıkamaz, vs.

Nihayet kaynakların net ve renkli tasvir ettiği özel dostluk devamlı bir sadakat münasebeti kurar. Tabiatıyla bu kaynaklar sadece *senatus*—şövalye çevrelerinin *amiticia*'sını (dostluk) anlatırlar, fakat bundan Romā hayatının *amiticia*'sının genel esaslarını çıkarmak mümkündür. Bazı usuller dikkate alınmadan tesis edilemeyecek ve bozulamayacak olan Roma dostluğu birtakım ciddi ve çok gerçek mecburiyetler yüklerdi. Romalı dostlar karşılıklı olarak birbirlerinden öyle taleplerde bulunurlardı ki, bu gibi hallerde modern zamanın "dostu" tereddütsüz dostluğunu bozabilir. Roma'da her durumda dosttan, çekinmeden, öğüt ve fiil olarak yardım, evine kabul, iş temini, başkalarına tavsiye ve para gibi ricalarda bulunulabilirdi. Emlâk satmak suretiyle para temin etmek isteyen karısına sürgünden gönderdiği mektupta Cicero, dostlara başvurmasının daha

yerinde olacağını yazmaktadır; “eğer onlar vazifelerine uygun hareket edecek olurlarsa, para hususunda sıkıntı çekmezsin”. Bu dostların onu hayal kırıklığına uğratmadığını, karısına yazdığı başka bir mektuptan anlamaktayız; bu mektubunda Cicero karısının kendisine adlarını verdiği kişilere teşekkür mektubu yazdığını bildirmektedir. Cicero’nun mektuplar külliyyatında hemen her mektupta, mektubun gönderildiği şahıstan bir ricada bulunulmakta veya bir dostluğu veya iyiliği için teşekkür edilmektedir. Dost için herkes kendisini her şey için mecbur hissederdi. Cicero’nun bütün ciddiyetiyle dost sadakatının nereye kadar gidebileceğini ve gitmesi gerektiğini belirtmesi dikkati çekmektedir. Cicero’nun dostluk hakkındaki konuşmalarının sözcüsü Laelius aşırılıklarla mücadele ederdi ve Tiberius Gracchus’un bir dostundan bahisle, “ut quidquid ille vellet, sibi faciendum putaret”, Gracchus isteseydi, Kapitol’ü tutuştururdu, demiştir. Cicero-Laelius bunu hoş görmemekte ve “si amici causa peccaveris, nulla est excusatio peccati” (eğer dostumuz yüzünden hatalı davranırsak, bu hatamızın mazereti olamaz) demektedir. Genel kanı ise bunun aksinedir. Bununla beraber sonunda bizim için şu şaşırtıcı neticeye varır; eğer dostun hayatı ve şöhreti söz konusu ise, onun “iniustitae voluntates”i (yersiz arzuları) nazara alınmalıdır, insan doğru yoldan ayrılabilir: Dostluk bunu mazur gösterir. Bu görüşe de fiilen uyulmaktaydı. Verres’in dostları arasında onu bütün gücüyle destekleyen halefi Metellus vardı. Cicero’nun Verres hakkında icra ettiği soruşturmaya mani olmaya çalıştı. Ancak Cicero onu bu yüzden kabahatli bulmadığını ifade etmiştir; o dostunu korumak istiyordu. Bizzat Metellus’un mahkemede niçin şahitlik yapmadığı konusunda Cicero’nun kendi kendine yaptığı tarizlere, yine kendi şu makul cevabı veriyordu: *amiticia impeditur* (dostluk mani oluyor). Aslında Cicero da başka türlü davranmamıştır. Vali Cicero Brutus’un bankerlerinin açtığı davada Brutus’un fahiş faizlerinin borçlu için çok ağır olduğunu görür, fakat Brutus Atticus’un dostudur ve Cicero makam görevi ile dostluk görevi arasında kalır ve meseleyi memuriyet süresinin sonuna kadar sürüncemede bırakarak, çözümünü halefine devretmekten başka çare bulamaz. Mommsen’in bu dava dolayısıyla Cicero hakkındaki hükmü, tarihî olmadığı için haklı değildir: Ona göre “Cicero haksızlıktan değil, fakat haksızlığın çıplaklığından korkan ve doğruluğu değil, fakat doğruluğun şöhretine önem veren yarım karakterli insanlardandır”. Halbuki Roma sadakatının

kuvvetini ve bu dost sadakatının gereği icabı mevcut bulunan tehlikeyi anlamak daha yerinde olurdu. Roma dostluğunun bu özelliğini gören kimse, “şu genel kanaattir ki, devlet adamı veya bilgin, işadamı veya rantiyeye olsa bile, eğer rahat yaşamak istiyorsa, dostsuz hayat olmaz” diye okusa, şaşkınlığa düşmeyecektir. Roma’da da “ateş, su ve ekmekten çok dosta ihtiyaç vardır” atasözü bilinmekteydi.

Bu sadakat ilişkileri göz önünde tutulacak olursa, Roma hukukunun bazı görüntülerinin anlaşılması hiç güç olmaz. Haklara ehil olan dernek veya iş akdi hakkında hukuk kitaplarımızdaki mevcut kıt bilgi ve vekâlet ile vekâletsiz iş idaresinin gördüğü esaslı ve sevgi dolu ilgi artık hiç kimseyi hayrete düşürmeyecektir. Dernek ve iş akdinin tatbikatta oynadığı rol önemsiz iken, vekâlet ve vekâletsiz iş idaresinin, herkesin vekâleten veya vekâletsiz ve ivazsız olarak işlerini gördüreceği dostlarının, *patronus*’larının ve *cliens*’lerinin bulunduğu bu Roma dünyasında en önemli hukuk müesseselerindedir. Kefaletin de rehin hukukundan doğan teminata nazaran ön planda gelişi, özellikle gayrı menkul rehin hukukunun çok yetersiz kalışı, sadakat ilişkilerinin çokluğu ile açıklanabilir. Roma hukukunun ekseriya teminatlarla, yani kefil göstermelerle işlediğini gören modern insan bu kadar gerekli olan kefillerin nasıl temin edildiğini kendine soracaktır. Roma hayatı için bu bir problem değildir; Schiller’in şiirindeki gibi kefil olmak, dostun *officium*’una (vazifesine) girerdi. *Censor*’larla yapılan aktlerde mecburi olan kefil ve rehin gösterme, bu mecburiyeti yüklenmeğe hazır dost ve *patronus*’ları öngörmektedir. Nihayet Roma’nın bütün hukuk hayatına girmiş olan *consilium* müessesesi, ciddi iş meseleleriyle rahatsız edilebilen, hatta kendilerine başvurulmasını bekleyen dost ve *patronus* çevresi olmadan düşünülemez. *Consilium*’un sahip olduğu büyük otorite artık anlaşılmaktadır; kendilerine danışılanların kanaati şüphesiz nazara alınmayabilir, fakat bu halde gücendirilen dostlar uzaklaşır ve insan sonunda yalnız başına kalır. Tecrit edilen bir fert olarak modern büyük şehirlerde yaşanılabilir, fakat Roma dünyasında bu mümkün değildir; “Roma ferdiyetçiliği” bir efsanedir.