

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA ÖZEL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA HAKKANİYET
(*AEQUITAS*)

Doktora Tezi

Kadir GÜRTEN

Ankara 2006

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA ÖZEL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA HAKKANİYET
(*AEQUITAS*)

Doktora Tezi

Kadir GÜRTEN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. A. Nadi GÜNAL

Ankara 2006

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	VI
KAYNAKÇA	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKKANİYET (AEQUITAS) KAVRAMI

I. Genel Olarak.....	3
A. Terminoloji Sorunu	3
B. Antik Yunan ve Roma'da Hakkaniyet Kavramına Genel Bir Bakış ...	7
II. Antik Yunan'da Hakkaniyet (<i>Epiekeia-επιεκεια</i>)	11
A. Düşün ve Yazın Hayatında Hakkaniyet (<i>Epiekeia</i>)	11
B. <i>Aristoteles</i> 'in Hakkaniyet (<i>Epiekeia</i>) Anlayışı	13
III. Roma'da Hakkaniyet (<i>Aequitas</i>)	30
A. Roma'nın Toplumsal, Ekonomik ve Siyasal Yapısındaki Dönüşümün <i>Aequitas</i> 'i Gerektirmesi	30
B. Romalı Hukukçular ve <i>Cicero</i> 'nun Hakkaniyet (<i>Aequitas</i>) Anlayışı	32

İKİNCİ BÖLÜM

PRAETOR HUKUKUNDA AEQUITAS

I.	<i>Praetor</i> Kavramı.....	45
	A. <i>Praetor</i> 'luk Makamı ve Kuruluşu.....	45
	B. <i>Praetor</i> 'ların Yetkisi (<i>Imperium</i>).....	50
II.	<i>Praetor</i> 'un Roma Usul Hukuku'ndaki Yeri ve İşlevi.....	53
	A. Roma Usul Hukuku'na Genel Bir Bakış.....	53
	B. Özel Yargılama Usulünde.....	59
	1. <i>Legis Actio</i> 'lar Usulünde.....	59
	2. <i>Formula</i> Usulünde.....	65
	B. Sistem Dışı Yargılama Usulü'nde.....	78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PRAETORUN AEQUITASI SAĞLAMA YOLLARI VE IUS HONORARIUM

I.	<i>Praetor</i> 'un <i>Aequitas</i> 'ı Sağlama Yolları.....	84
	A. Dava (<i>Actio</i>).....	84
	1. Kavram.....	84
	2. Davaların Sınıflandırılması.....	86
	a. Davanın Dayandığı Olgu Bakımından: <i>Ius Civile</i> – <i>Ius Honorarium</i>	86
	b. Dava Konusu Hakkın Niteliği Bakımından: <i>Actio in Rem</i> – <i>Actio in Personam</i> (Ayni Davalar-Şahsi Davalar).....	96

c. Fiili Olgulara ve Hukuki Esaslara Sıkı Sıkıya Bağlı Olup Olmaması Bakımından: <i>Iudicia Stricti Iuris – Iudicia Bonae Fidei</i> (Dar Hukuk Davaları - İyiniyet Davaları).....	98
d. <i>Actiones Arbitrariae</i> (Seçimlik hak tanıyan davalar).....	101
B. Davalara karşı def'i (<i>Exceptio</i>).....	103
1. Kavram.....	103
2. Def'ilerin Sınıflandırılması	110
a. <i>Exceptiones Civiles – Exceptiones Honorariae</i>	110
b. <i>Exceptio in Rem-Exceptio in Personam</i>	111
c. <i>Exceptio Perpetua-Exceptio Temporales</i>	111
C. Eski hale getirme (<i>Restitutio in integrum</i>)	113
1. Kavram.....	113
2. Türleri.....	116
a. <i>In Integrum Restitutio Ob Absentiam</i>	116
b. <i>In Integrum Restitutio Ob Aetatem</i>	117
c. <i>In Integrum Restitutio De Dolum</i>	118
d. <i>In Integrum Restitutio Ob Errorem</i>	119
e. <i>In Integrum Restitutio Ob Metus</i>	120
D. Yasak/Emir (<i>Interdictum</i>)	121
1. Kavram.....	121
2. Sınıflandırılması	128
a. <i>Prohibitoria-Restitutoria-Exhibitotia</i>	128
b. Zilyetliğin Kazanılmasını sağlayan-Zilyetliğin Korunmasını Sağlayan-Zilyetliğin İadesini Sağlayan <i>Interdictum</i> 'lar	129

E. Zilyetliğin sağlanması (<i>Missio in bona / Missio in Possessionem</i>)	130
F. Davanın Reddi (<i>Denegatio Actionis</i>)	132
II. <i>Ius Honorarium</i>	134
A. Genel Olarak	134
B. <i>Ius Honorarium</i> 'un Yürürlük Kaynağı Olarak <i>Edictum</i>	138
C. <i>Ius Honorarium</i> 'un Fonksiyonları	143
SONUÇ	147
ÖZET	168
ABSTRACT	172

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
<i>C.</i>	: <i>Codex</i>
<i>Cic.</i>	: <i>Cicero</i>
Çev.	: Çeviren
<i>D.</i>	: <i>Digesta</i>
<i>De fin.</i>	: <i>De finibus</i>
<i>De inv.</i>	: <i>De inventione</i>
<i>De off.</i>	: <i>De officiis</i>
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
<i>Gai. Ins.</i>	: <i>Gaius Institutiones</i>
<i>Ius. Ins.</i>	: <i>Iustinianus Institutiones</i>
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
M.Ö.	: Milâttan Önce
M.S.	: Milâttan Sonra
Örn.	: örneğin, örnek
<i>Phil.</i>	: <i>Philippicae</i>
<i>pr.</i>	: <i>Principium</i>
Sa.	: Sayı

s.	: Sayfa
<i>Top.</i>	: <i>Topica</i>
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
yy.	: Yüzyıl

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale : Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri, Şahsın Hukuku Cüz I, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Ankara 1973.

ARISTOTELES

(Çev. **DOĞAN**, M.H.) : Retorik, İstanbul 2004. (Retorik)

ARISTOTELES

(Çev. **BABÜR**, Saffet) : Nikomakhos'a Etik, Ankara 1998. (Etik)

BECK, Alexander : "Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im römischen Vertragsrecht", Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955, s. 9–27.

BERGER, Adolf : Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.

BERKİ, Şakir : Roma Hukuku, Ankara 1949.

BISCARDI, Arnaldo : On Aequitas and Epieikeia, Greene Fund for Equity Studies, Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions, edited by Alfredo Mordechai Rabello, Jerusalem 1997.

BONSE, Egon : Die Funktion der Aequitas bei der Ausfüllung von Rechtslücken, Eine vergleichende Abhandlung zum kanonischen Rechtsdenken unter besonderer Berücksichtigung gegenwärtiger französischer Rechtstheorien, Köln 1961.

BUCKLAND, W. W. : Equity in Roman Law, London 1911. (Equity)

BUCKLAND, W. W. : A Manual of Roman Private Law, Cambridge 1947. (Manual)

BUCKLAND, W. W./

McNAIR, Arnold D. : Roman Law & Common Law, A Comparison in Outline, Cambridge 1936.

CICERO

(Çev. **KEYES,**

Clinton Walker)

: De re publica, De legibus, London 2000.

- ÇEÇEN**, Anıl : Adalet Kavramı, Ankara 1993.
- DEL VECCIO**, Giorgio
(Çev. **ERMAN**, Sahir) : Hukuk Felsefesi Dersleri, İstanbul 1952.
- DI MARZO**, Salvatore
(Çev. **UMUR**, Ziya) : Roma Hukuku, İstanbul 1959.
- EDİS**, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri,
Ankara 1997.
- EMİROĞLU**, Haluk : Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara
2003.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin : Hukukta Latince Teknik Terimler – Özlü Sözler,
İstanbul 2004. (Latince)
- ERDOĞMUŞ**, Belgin : Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2003. (Eşya)

GAIUS

(Çev. **RADO**, Türkan) : Institutiones, Borçlar Kısmı, İstanbul 1953.

GAIUS

(Çev. **GORDON**, W. M./

ROBINSON, O. F.) : The Institutes of Gaius, London 1997.

GÖKBERK, Macit : Felsefe Tarihi, İstanbul 2003.

GÜÇLÜ, Abdülbaki/

UZUN, Erkan/

UZUN, Serkan/

YOLSAL, Ümit Hüsrev : Felsefe Sözlüğü, Ankara 2003.

GÜNAL, A. Nadi : Roma Hukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti), Ankara 1996. (*Condictio*)

GÜNAL, A. Nadi : Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımıyla Mülkiyetin İktisabı (*Usucapio*), Ankara 2006. (*Usucapio*)

GÜRİZ, Adnan : Hukuk Felsefesi, Ankara 2003. (Felsefe)

GÜRİZ, Adnan : “Adalet Kavramının Belirsizliği”, Adalet Kavramı
Semineri, Türkiye Felsefe Kurumu - Alman
Kültür Merkezi, Ankara 1994. (Adalet)

HENF, Frieder : Billigkeit und Zivilrichterliche Argumentation,
Kiel 1978.

HİRŞ, Ernest : Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri,
Ankara 2001.

HONIG, Richard : Roma Hukuku, İstanbul 1938.

HUNTER, William A. : Introduction to Roman Law, London 1934.
(Introduction)

HUNTER, William A. : A Systematic and Historical Exposition of
Roman Law, London 1903. (Historical)

IUSTINIANUS

(Çev. **UMUR**, Ziya) : Institutiones, İstanbul 1968.

IUSTINIANUS

(Der. **MOMMSEN**,

Theodor/**KRUGER**, Paul)

(Çev. **WATSON**, Alan) : The Digest of Justinian, Philadelphia 1985.

JOLOWICZ, H. F. : Roman Foundations of Modern Law, Oxford
1957.

JOLOWICZ, H. F./

NICHOLAS, Barry : Historical Introduction to the Study of Roman
Law, Cambridge 1972.

KABAĞAÇ, Sina/

ALOVA, Erdal : Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul 1995.

KARADENİZ

ÇELEBİCAN, Özcan : Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel
Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması),
Ankara 2005. (Roma)

KARADENİZ

ÇELEBİCAN, Özcan : Roma Eşya Hukuku, Ankara 2005. (Eşya)

KISCH, Guido : “*Summum Ius Summa Iniuria*, Basler Humanisten und Juristen über *Aequitas* und *Επιεικεια*”, *Aequitas und Bona Fides*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Basel 1955, s. 195–211.

KOSCHAKER, Paul/

AYİTER, Kudret : *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Ankara 1993.

KUNKEL, Wolfgang/

(Çev.: **KELLY, J. M.**) : *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford 1973.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan : *Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)*, Ankara 1998. (İntifa)

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan : *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, Ankara 2002. (Vedia)

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan : “*Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat*”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, 477–497. (İspat)

- LEE, R. W.** : The Elements of Roman Law, London 1956.
- LEFEBVRE, Charles**
(Çev.: **NEWMAN, R. A.**) : “Equity in Canon Law”, Equit in the World’s
Legal Systems, A Comparative Study, Editor:
Ralph A. Newman, Brussels 1973, s. 93–109.
- MACKINTOSH, James** : Roman Law in Modern Practice, Colorado 1995.
- MAINE, Henry Sumner** : Ancient Law, Its Connection with the Early
Histry of Society and Its Relations to Modern
Ideas, London 1930.
- MELVILLE, R. D.** : A Manual of the Principles of Roman Law,
Edinburgh 1921.
- MOYLE, J. B.** : Imperatoris Iustiniani Institutionum, Libri
Quattuor with Introductions, Commentary and
Excursus, Oxford 1903.
- MUIRHEAD, James/**
GOUDY, Henry/
GRANT, Alexander : Historical Introduction to the Private Law of
Rome, London 1916.

NEWMAN, Ralph A. : “Introduction”, *Equit in the World’s Legal Systems, A Comparative Study*, Editor: Ralph A. Newman, Brussels 1973, s. 15–29.

NICHOLAS, Barry : *An Introduction to Roman Law*, Oxford 1962.

OĞUZ, Arzu : *Karşılaştırmalı Hukuk*, Ankara 2003.

OĞUZOĞLU, H. Cahit : *Roma Hukuku*, Ankara 1959.

OKANDAN, Recai Galip : *Roma Âmme Hukuku*, İstanbul 1944.

ÖZSUNAR, Erdal : *Roma Türk Hukukunda Hata*, Ankara 2005.

PUGSLEY, David : *The Roman Law of Property and Obligations*, Cape Town/ Wynberg/ Johannesburg 1972.

RADO, Türkan : *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*, İstanbul 1992. (Borçlar)

SCHERMAIER,

Martin Josef : “Bona Fides im römischen Vertragsrecht”, *Il ruolo della buona fede oggettiva*

nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001), a cura di Luigi Garofalo, Volume III, Padova 2003, s. 387-416.

SCHWARZ, Andreas B.

(Çev. **RADO**, Türkan) : Roma Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1948.

SEViğ, Vasfi Raşit

: Borçlar Hukukunun Hakiki Kaynakları, İÜHFM, C. I, S. 1, 1937, s. 262–347.

SNYDER, R. Neil

: “Natural Law and Equity”, Equity in the World’s Legal Systems, A Comparative Study, Editor: Ralph A. Newman, Brussels 1973, s. 33–43.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN,

Özlem.

: Roma Hukuku’nda Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*), Ankara 2002. (*Quasi Delicta*)

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN,

Özlem

: Roma Hukuku’nda Yargıcın Reddi (*Recusatio*), AÜHFD 2002, C. 51, S. 1, s. 97 vd. (Yargıç)

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN,

Özlem : Roma Hukuku'nda *Cautio Damni Infecti*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 809 vd. (*Cautio*)

STEIN, Peter : Roman Law in European History, Cambridge 1999. (European History)

STEIN, Peter : "Equitable Principles in Roman Law", Equity in the World's Legal Systems, A Comprehensive Study, Editor: Ralph A. Newman, Brussels 1973, s. 75–92. (Equitable)

STEIN, Peter : The Character and Influence of the Roman Civil Law, Historical Essays, London 1988. (Character)

STRANGAS, Johannes : Die Billigkeit und ihr Standort im Rechtssystem, Athen/ Hamburg 1976.

TAHİROĞLU, Bülent/

ERDOĞMUŞ, Belgin : Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş - Hukuk Tarihi - Genel Kavramlar - Usul Hukuku, İstanbul 2005. (Roma)

TEKİNAY,

Selahattin Sulhi : Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1973.

THE LATIN LIBRARY : <http://www.thelatinlibrary.com>

TÜRDAŞ : Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İstanbul 1997.

TÜRK HUKUK KURUMU : Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1944.

TÜRKOĞLU ÖZDEMİR,

Gökçe : Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ankara 2004.

UMUR, Ziya : Roma Hukuku, Ders Notları, İstanbul 1990.
(Roma)

UMUR, Ziya : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983. (Lügat)

UMUR, Ziya : Roma Hukuku, Tarihî Giriş – Kaynaklar –
Umumî Mefhumlar – Hakların Himayesi,
İstanbul 1982. (Tarihî Giriş)

VAN ZYL, D. H. : Justice and Equity in Greek and Roman Legal
Thought, Pretoria 1991. (Greek and Roman)

VAN ZYL, D. H. : Justice and Equity in Cicero, Pretoria 1991.
(Cicero)

VELİDEDEOĞLU, H. V. : Tür Medeni Hukuku, C. I-Cüz 1, Umumi Esaslar,
İstanbul 1968.

VILLEY, Michel

(Çev. **TAHİROĞLU**,

Bülent)

: Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul 2000.

WITTAKER, Simon/

ZIMMERMANN, Reinhard : Good Faith in European Contract Law,
Cambridge 2000.

WOLFF, Hans Julius : Roman Law, An Historical Introduction, Norman
1951.

GİRİŞ

Roma'da *praetor*'lar Klasik öncesi dönemde uygulanan Roma Hukuku'nu büyük ölçüde değiştirmiş ve eski *ius civile* (*ius quiritium*) yanında zamanın koşullarına daha uygun hukuk yaratmayı başarmışlardı. Bu hukuka *ius honorarium* adı verilmişti. Roma toplumunun yeni gereksinmelerinin karşılanamadığı dönemlerden itibaren, *ius civile*'nin uygulayıcısı durumunda olan *praetor*'a verilen yetkilerle, *praetor*, *ius civile*'yi uygularken, bu uygulamayı kolaylaştırmak, boşluklarını doldurmak, toplumun ve zamanın yeni ekonomik ve toplumsal koşullara uydurabilmek için *ius civile*'nin bazı kurallarını değiştirme, düzeltme olanağını elde etti. *Praetor*'ların bu faaliyetleri sonucunda adaletin somut olaydaki görünümü olan "*aequitas*" kavramı Roma Hukukunda yerleşmiştir.

"Roma Hukukunda Hakkaniyet (*aequitas*)" konusundaki bu çalışma, giriş ve sonuç bölümleri dışında üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, *aequitas* kavramı ayrıntılı olarak incelenmiştir. Öncelikle genel olarak "hakkaniyet (*aequitas*)" kavramı açıklanmış, günümüzdeki anlamı tartışılmış, sonrasında bu kavramın Antik Yunan'daki kökleri incelenmiştir. Bu inceleme sırasında özellikle Antik Yunan düşünürlerinden *Aristoteles*'in hakkaniyet anlayışı üzerinde durulmuştur.

Ayrıca, Roma'daki hakkaniyet anlayışı genel olarak ele alınmış, *aequitas* kavramının etimolojik kökeni incelenmiştir. Yine bu bölümde Romalı

düşünür ve hukukçuların ve özellikle *Cicero*'nun kavram üzerindeki çalışmaları değerlendirilmiştir.

İkinci Bölümde, Roma'da hakkaniyeti sağlayan organ olan *praetor* ele alınmıştır. *Praetor*'luk makamının kuruluşu, tarihsel gelişimi, yetkileri üzerinde durulmuş ve hakkaniyeti sağlayan organ olan *praetor*'un bu işlevi yerine getirirken Roma Usul Hukuku'ndaki yeri ve fonksiyonu incelenmiştir.

Üçüncü Bölümde ise, *praetor*'ların hakkaniyeti sağlamak amacıyla getirdikleri çözümler ve koruma yolları ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Bu koruma yolları: *Actio* (dava), *exceptio* (def'i), *restitutio in integrum* (eski hale getirme), *interdictum* (emir/yasak), *missio in possessionem* (zilyetliğin sağlanması) ve *denegatio actionis* (davanın reddi)'dir. Hakkaniyetin sağlanması amacıyla *praetor*'ların getirdiği bu koruma yolları ayrıntılı olarak incelenmiş, varsa türleri sayılmış ve işlevleri temel Latince metinlerden yararlanılarak örneklerle anlatılmıştır. Bu bölümde son olarak *praetor*'ların hakkaniyeti sağlamaya çalışırken ortaya çıkan hukuk olan *ius honorarium* ve bunun temel kaynağı *edictumlar* incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKKANİYET (*AEQUITAS*) KAVRAMI

I. Genel Olarak

A. Terminoloji Sorunu

Aequitas kavramı Türk hukuk literatüründe iki terim ile ifade edilmektedir. Kimi yazarlar “hakkaniyet”i kullanırken, kimi yazarlar “nasafet”i kullanmakta, hatta kimi yerde de bazen “hakkaniyet ve nasafet”in her ikisinin birden kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Güriz¹, Çeçen² ve Seviğ³ “nasafet”i kullanmayı tercih ederken Tahiroğlu⁴, Erdoğan⁵, Tekinay⁶ ve Edis⁷ “hakkaniyet”i kullanmışlardır.

Aslında bu tercih farklılığına Eski Medeni Kanun’un hakime tanıdığı takdir yetkisini düzenleyen 4. maddesi neden olmuştur. Bu madde hükmüne göre, “Kanun takdir hakkı verdiği ve icabı hale göre yahut muhik sebeplere

¹ GÜRİZ (Adalet), 18.

² ÇEÇEN, 49.

³ SEVİĞ, 280.

⁴ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 234.

⁵ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 234.

⁶ TEKİNAY, 64.

⁷ EDİS, 214.

nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nısfetle hükmeder.” Yeni Medeni Kanununun 4. maddesi ise, “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” ifadesini içermektedir. Türk hukuk doktrinde “hakkaniyet” ve “nasafet” kavramları eşanlamlı olarak kullanılmıştır ve halen de eşanlamlı olarak kullanılmaktadır⁸. Çalışmamızda ise Yeni Medeni Kanun’da “nısfet (nasafet)” yerine “hakkaniyet” kavramı kullanıldığından, Antik Yunan’da “*επιεικεια* (*epieikeia*)”, Latince’de “*aequitas*”, İngilizce’de “equity”, Fransızca’da “*équité*”, Almanca’da “Billigkeit” terimleri ile ifade edilen bu kavramın karşılığı olarak “hakkaniyet” kavramı kullanılmıştır⁹.

Eski Medeni Kanunu’nun 4. maddesinde “hak ve nısfet” kavramlarının birlikte kullanılmasından kaynaklanan bir diğer tartışma, “hak ve nısfet” kavramlarının eşanlamlı olarak mı yoksa ayrı anlamlarda mı kullanıldığıdır.

Bu tartışma doktrinde eskiden beri süregelmektedir. Kanun koyucu takdir yetkisinin “hak ve nısfet”e göre kullanılması gerektiğini belirtmesine rağmen, ne “hak” ne de “nısfet” kavramını tanımlamıştır. Bunların aynı anlamda mı yoksa farklı anlamda mı kullanıldığı yeterince açık değildir. Bu nedenle doktrinde bu konuda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe

⁸ GÜRİZ (Adalet), 20.

⁹ STRANGAS, VIII dn.1; OĞUZ, 265; JOLOWICZ (Roman), 54.

göre¹⁰, “hak ve nisfet” terimleri farklı anlamlara sahiptir. Hakim görüşe göre göre ise¹¹, “hak ve nisfet” terimleri aynı anlamda ve tek bir kavramı, “hakkaniyet”i belirtmek üzere kullanılmıştır. Bu tartışmaya yol açan sorun kanımızca Yeni Medeni Kanun’un kabulünden sonra da çözülememiştir. Zira Yeni Medeni Kanun “hak ve nisfet” yerine “hukuk ve hakkaniyet” kavramlarını kullanmış; fakat yine bu kavramlara ilişkin olarak herhangi bir açıklama veya tanımlama yapmamıştır. Çalışmamızda bu konu tarihsel açıdan ele alındığı için, tez konusunun kapsamı dışında kalmaktadır¹².

Hakkaniyet kısaca “somut olay adaleti” olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda hakkaniyet ile adalet kavramları birbirleri ile sıkı ilişki içindedir. Hatta birçok yabancı sözlükte ve kaynakta hakkaniyetin karşılığının adalet olarak verildiği de görülmektedir¹³. Bu iki kavram arasındaki sınırlar oldukça belirsizdir. Adalet denildiğinde, doğrudan doğruya kurallara ve ilkelere hakim olması gereken en yüksek moral düşünce kastedilir. Adalet, herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkanlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder. Başka bir deyişle, adalet, düzene ilişkin en yüce düşüncedir. Buna karşın hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle belirlenememesinin doğuracağı düşünülen

¹⁰ AKİPEK, 140.

¹¹ OĞUZOĞLU, 156; TEKİNAY, 67; VELİDEDEOĞLU, 190 vd.; EDİS, 217.

¹² Bu konu üzerindeki ayrıntılı tartışmalar için bkz. EDİS, 214-219.

¹³ ÇEÇEN, 49; GÜRİZ (Adalet), 19; EDİS, 217; TEKİNAY, 67.

sakıncaları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bıraktığı durumlarda etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden ilkedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temeldir¹⁴.

Genel olarak hukuk kuralları ilk belirlendikleri zamanda öngörülemeyen bazı değer ve etkilere sahiptirler. Toplumsal gelişmelerin ve icatların sebep olduğu sonuçların değerlendirilmesinde, hukukun genel amacı gözönünde tutulmalı ve kuralların biçimsel olarak getirdikleriyle yetinilmemeli, özündeki anlam çıkarılmalı ve bu anlamdan yola çıkarak değişen koşullarda ortaya çıkan uyumsuzluklar karara bağlanmalıdır¹⁵.

Hakkaniyet, adaletle iç içe olduğu gibi aynı zamanda karşı karşıya bir ilişki düzeni içindedir. Hakkaniyet, boşlukları doldururken, değişen koşulları gözönüne alırken adalete büyük katkı yapmakta, ancak eşit olmayan durumlarda eşitsiz işlemleri öngörürken eşitlik açısından adalet ile çelişmektedir. Fakat adalet sadece eşitlik demek değildir. Görünüşte eşitliği ihlal ediyormuş gibi görünen hakkaniyet, dolaylı olarak yine adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır¹⁶.

¹⁴ TEKİNAY, 67; EDİS, 218-219.

¹⁵ ÇEÇEN, 50.

¹⁶ ÇEÇEN, 51-52.

B. Antik Yunan ve Roma'da Hakkaniyet Kavramına Genel Bir Bakış

Umur'un Roma Hukuku Lügatı'nda hakkaniyet (*aequitas*) kavramı şu şekilde açıklanmıştır: "Adalet, hakkaniyet, eşitlik, nasafet. Kökü itibariyle, birlik ve eşitlik manasına gelen bu kelime, Romalılar nezdinde, hukukun özünü ve gayesini ifade etmekteydi. Hukuk, onlar için, fertlerin cemiyet içindeki faaliyetlerinde amme şuuruna göre herkes için eşit olan şart ve hudutları tayin etmektir. Bu bakımdan *aequitas*, eskimiş veya eksik olarak konmuş olan *ius* kaideleriyle tezat halinde olabilirdi. Bu itibarla *praetor* hukukunun hareket noktası *aequitas* idi. *Iustinianus* hukukunda *aequitas* ve *aequus*, umumiyetle, hakimin gözü önünde bulunan hadisenin takdirinde, umumi şartları nazara alarak, yumuşak ve müsamahalı hareket etmesi manasına gelmekte idi.¹⁷"

Cicero, *Topica* adlı eserinde Romalıların *aequitas*'a verdiği anlamı şöyle ifade etmiştir:

Cicero Topica 4.23

Valeat aequitas, quae paribus in causasis paria iura desiderat.

"*Aequitas*, aynı durumlara aynı hukukun uygulanmasını istemektir."

¹⁷ UMUR (Lügat), 20.

Aequitas özünde adalet kavramı ile ilgilidir. Ancak burada söz konusu olan, hukukun vaz ettiği genel kuralın özel durumlarda sebep olabileceği haksızlıkları, adaletsizlikleri önlemek ya da ortadan kaldırmaktır¹⁸.

Aequitas kavramı Berger'in Roma Hukuku Sözlüğü'nde şu şekilde tanımlanmış ve açıklanmıştır: "Adalet (*iustitia, iustum*) ilişkin fakat pozitif hukuktan ayrılan hak (*ius*). Hukukun gelişimine yön veren veya vermesi gereken temel ilkelerden birisidir. Hukukun bu gelişmesindeki düzeltici ve yaratıcı unsurlarındandır. *Aequitas* ya varolan hukuku yorumlamak (açıklamak) ya da hukuki düzenleme yokluğunun tamamlanmasında görülür¹⁹."

Aequitas'ın kelime olarak eşitliğin unsurlarından birisini karşıladığı kabul edilir. Roma'da *aequitas* Roma Hukuku'nun geliştirilmesi gibi bir işleve sahipti. Roma'nın ilk dönemlerinde oluşan yazılı ve yazılı olmayan hukuk kurallarının sonraki dönemlerin sosyal ve ekonomik gereksinimlerinde yetersiz kalması, *aequitas*'ı hem özel hukuk hem de usul hukukunda kendisine çok başvurulan bir ilke haline getirdi. Bu bağlamda hakkaniyet özellikle *ius honorarium*'un yerleşmesine yol açtı. Diğer taraftan, Romalı hukukçularda bu ilkedен sıklıkla yararlandılar. Cumhuriyet Dönemi'nin

¹⁸ GÜRİZ (Adalet), 19.

¹⁹ BERGER, 354.

sonuna kadar birçok yargı kararı *aequitas* ilkesinden esinlendi²⁰. Digesta'da da şöyle bir ifade yer almaktadır:

D.1.1.1 pr.

... ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.

“... *Celsus*'un mükemmel tanımı uyarınca, hukuk, iyiyi ve adili (doğruyu, haklıyı) bulma sanatıdır.

Romalı hukukçular ve yargılamadan sorumlu *magistra*'lar *aequitas* konusunda çok hassas ve bilgili olmalarına rağmen hiçbirisi bu kavramın açıkça bir tanımını yapmamıştır²¹. *Aequitas*, bazı zamanlarda “yürürlükteki hukukun (*ius*)” zıttı bir kavram olarak kullanılmış ve bu hukuku düzeltici bir işlev yerine getirmiştir. Çoğu zaman ise *ius* ile *aequitas* arasında çok sıkı bağlantı olmuş ve birbirinden ayıramaz hale gelmiştir. *Aequitas* doğal kaynağını, insan topluluklarında, onların geleneklerinde ve onların ahlaki ve sosyal düşünüş ve görüşlerinde bulmuştur. Hukuka bunların yerleşmesi ya geleneklere dayalı uygulamalarla ya da kanun koyma yoluyla olmuştur. *Aequitas* ile *ius naturale* (tabii hukuk) arasındaki ilişki apaçık ortadadır. Bu

²⁰ BERGER, 354; STEIN (Character), 8; VAN ZYL (Greek and Roman), 124; DI MARZO (Çev.: UMUR), 28.

²¹ BERGER, 354.

nedenle, *aequitas naturalis*²²e sık sık yapılan atıflar, *naturalis ratio*²³ya yapılan atıfları hatırlatır²⁴.

Yürürlükte olan bir hukuk kuralı eleştirilirken, çoğunlukla hakkaniyeti (*aequitas*) sağlamadığı doğrultusunda eleştirilir. *Aequitas* aynı zamanda hıristiyanlık ahlak doktrininin gelişmesinde de önemli bir işleve sahip olmuştur. *Aequitas* kavramı aynı zamanda bağlantı içinde bulunduğu birçok kavramın da hukuk hayatına girmesine yol açmıştır: *pietas* (sadakat, bağlılık, dindarlık), *caritas* (saygı), *humanitas* (insanlık, insancılık, sevecenlik, nezaket, incelik), *benignitas* (iyilik, lütuf, cömertlik), *clementia* (insaniyet, merhamet, mülayimlik)²⁵ gibi.

Roma'daki *aequitas* kavramı , Antik Yunan'daki *επιεικεια* (*epieikes*) veya *επιεικεια* (*epieikeia*)'ya dayanır²⁶. Antik Yunan'da da bu kavram üzerinde en çok duran filozof *Aristoteles* olmuştur. Roma'yı da etkileyen ve

²² D.2.14.1 *pr.*

²³ *Ratio Naturalis*: Tabii akıl. Tabiat kanunlarının, bütün insanlar arasında ortak olarak tespit etmiş olduğu kurallar, bütün insanlar nezdinde aynı kuralların çıkmasına sebebiyet veren tabii akıl. (UMUR (Lügat), 179.)

²⁴ BERGER, 354; BECK, 24; STRANGAS, 16-17, 31-32; LEE, 34-38; SNYDER, 37-39; DI MARZO (Çev.: UMUR), 30-31.

²⁵ BERGER, 354; BECK, 24; STRANGAS, 23.

²⁶ VAN ZYL, (Greek and Roman), 127; KISCH, 209; JOLOWICZ (Roman), 54.

aequitas kavramının oluşmasını ve gelişmesini sağlayan, çoğunlukla *Aristoteles* olmakla birlikte, Antik Yunan düşüncesidir. *Cicero* gibi Romalı filozof ve hatipler, *επιεκεια* (*epiekeia*) kavramını *aequitas* olarak Latince'ye çevirmişlerdir²⁷.

II. Antik Yunan'da Hakkaniyet (*Epiekeia-επιεκεια*)

A. Düşün ve Yazın Hayatında Hakkaniyet (*Epiekeia*)

Etimolojik olarak Yunanca *επιεικεσ* (*epieikes*) ele alındığında, öncelikle aynı gramatik köke dayanan *επιεικεσ* (*epieikes*), *μενοικεσ* (*menoikes*: tatminkar, yeterli) ve *αιικεσ* (*aeikes*:yetersiz, doğal olmayan) kavramlarının aynı şeyleri ifade etmediğini söylemek gerekir. Ancak bunlar akla ve ahlak duygusuna hizmet ederler. Fiil hali *επειικε* (*epioike*: hoşagiden) olan *επιεικεσ* (*epieikes*) sıfatı normatif anlamda, uygun, makul, akla uygun, adil, insafli, ölçülü anlamındadır. Ayrıca *επιεικεσ* (*epieikes*), kanunların (*νομος nomos*) çok sıkı uygulamasını işaret eden *δικαισ* (*dikais*)'in (hukuk, adalet, doğruluk) zıt anlamında kullanılmıştır. Bunun yanı sıra zarf olan *επειικος* (*epieikos*) ile aynı yönde anlam taşır²⁸.

²⁷ VAN ZYL, (Greek and Roman), 127; KISCH, 209; JOLOWICZ (Roman), 54.

²⁸ BISCARDI, 1.

Bu gelişmeyi özet olarak isim niteliğindeki *επιεικεια* (*epieikeia*) daha iyi anlatır. Bu kavram birçok ahlaki niteliği (hakkaniyet, nasafet, ölçülülük, hoşgörü) ifade eder. Ayrıca *το επιεικεσ* (*to epieikes*: uygun olmayan), *επιεικεσ* (*epieikes*: uygun)'un başına konulan olumsuzluk eki ile uygun olmayan anlamında zıt anlama gelmektedir²⁹.

Yunan dilinde bu kavramın gelişiminin kısaca incelemesi gerekir. *Homer*os, *İlyada* ve *Odysseia*'da *επιεικεσ* (*epieikes*) kavramını, uygun, yararlı, elverişli anlamlarında kullanmıştır. *Herodotus* ise, somut olay uygulamasında katı adalet anlayışının karşıtı olan hakkaniyetli ve adaletli anlamında kullanmıştır. Aynı şekilde *Antiphon*'da kendisinin ilk oniki *Tetralogies*'inde *Herodotus*'a benzer anlamda kullanmıştır. *Sophocles Oedipus at Colonus*'unda kavram üzerinde daha az katıdır. Büyük tragedya yazarı *Sophocles*, *Euripides* gibi, *επιεικεια* (*epieikeia*)'yı kesin bir biçimde *δικη* (*dike*)'ye üstün tutmamıştır³⁰.

Ayrıca, *epieikes* ve *epieikeia* kavramları mantıksal ve ahlaki olarak, şair *Hesiod* ve filozoflar *Democritus* ve *Hippocrates* tarafından kullanılmıştır. *Plato* ve *Aristoteles* tarafından sadece kullanmanın ötesinde ayrıntılı olarak üzerinde tartışılmıştır. Mersiye yazarı Miletli *Phocylides*, komedi şairi *Aristophanes* ve üç büyük Yunanlı hatip *Isocrates*, *Lysias* ve *Demosthenes*, bunların yanında sofist *Gorgias* ve tarihçi *Thucydides* de bu kavramları

²⁹ BISCARDI,1-2.

³⁰ BISCARDI, 2; SNYDER, 33.

mantıksal ve ahlaki anlamlarda kullanmışlardır. Yunan kültürünün sonraki temsilcilerinden *Polybius*, *Plutarch* ve *Pausanias* veya çoğunlukla Musevi-Hıristiyan anlayışı ileri gelenlerinin terminolojisinin de ihmal edilmemesi gerekir³¹.

Iustinianus'un *Novella*'sında geçen *επεικεσ* (*epieikes*) kavramı, Bizans uygulamasında Latince *mitis* (ılımlı), *mansuetus* (uysal, yumuşak huylu), *moderatus* (ölçülü) anlamlarına da gelmekteydi³².

Platon'un büyük zenginlikteki eserlerinde, *epieikes* ve *epieikeia* kavramları çoğunlukla geniş kapsamlı kullanılmıştır. Fakat *Platon*'da ilk ve açık *epieikeia* tanımı: “ Bir kişinin kendi kişisel hak ve menfaatlerinden feragat etmeye hazır olması; insan ilişkilerinde ölçülü ve ılımlı olma; iyi ve kötüye dikkat ederek, akla mantığa uygun hareket etmek.” şeklinde tanımlanmıştır³³.

B. *Aristoteles*'in Hakkaniyet (*Epieikeia*) Anlayışı

Platon'un *epieikeia* tanımı epey açıklayıcı ve kabul edilebilir bir tanımdır. Ancak, bunun yanında *Aristoteles*'in şüphe götürmez şekilde, geniş ve ayrıntılı teşhis ve bulguları da dikkate alınmalıdır.

³¹ BISCARDI, 2.

³² BISCARDI, 2.

³³ BISCARDI, 2.

Nikomakhos'a Etik³⁴'in iki bölümü, *Aristoteles*'in hakkaniyet (*epieikeia*) hakkındaki düşüncesini günışığına çıkartmaktadır. Bu bölümlerden ilki X. Kitabın 5. Bölümü, 6. paragrafıdır. Bu bölümde Aristoteles, hakkaniyet (*epieikeia*) ile ilişkili kavramların ortak ve anadile ait kullanımlarını ele almıştır. Diğer bölüm ise V. Kitabın 10. Bölümü, 8. paragrafıdır. Bu bölümde ise *δικαιοσυνε* (*dikaiousune*) ve *επιεικεια* (*epieikeia*) arasındaki ilişki üzerine olan problem tartışılmaktadır³⁵.

Aristoteles Ethika Nikomakheia 10.5.6-35 (1175b)

[1175b] (1) τοῖς ἑτέροις δὲ τῷ εἴδει καὶ τὰ οἰκεία ἕτερα τῷ εἴδει. ἔτι δὲ μᾶλλον τοῦτ' ἂν φανείη ἐκ τοῦ τὰς ἀφ' ἑτέρων ἡδονὰς ἐμποδίους ταῖς ἐνεργείαις εἶναι. οἱ γὰρ φίλαυλοι ἀδυνατοῦσι τοῖς λόγοις προσέχειν, ἐὰν κατακούσωσιν ἀυλοῦντος, μᾶλλον χαίροντες (5) ἀυλητικῆ τῆς παρούσης ἐνεργείας ἢ κατὰ τὴν ἀυλητικὴν οὖν ἡδονὴ τὴν περὶ τὸν λόγον ἐνεργεῖαν φθείρει. ὁμοίως δὲ τοῦτο καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων

³⁴ *Ἐτικῆ Νικομακχεῖα* (*Etikha Nikomakheia*): *Aristoteles*'in ahlak konusundaki üç yapıtından biridir. (GÖKBERK, 68.)

³⁵ BISCARDI, 3; VAN ZYL (Greek and Roman), 100; STRANGAS, 27.

συμβαίνει, ὅταν ἅμα περὶ δύο ἐνεργῆ ἢ γὰρ ἡδίων τὴν
ἐτέραν ἐκκρούει, κἂν πολὺ διαφέρει κατὰ τὴν ἡδονήν,
μᾶλλον, ὥστε μὴδ' ἐνεργεῖν κατὰ (10) τὴν ἐτέραν. διὸ
χαίροντες ὀφροῦν σφόδρα οὐ πάνυ δρωμέν ἕτερον,
καὶ ἄλλα ποιοῦμεν ἄλλοις ἡρέμα ἀρεσκόμενοι, οἷον
καὶ ἐν τοῖς θεάτροις οἱ τραγηματίζοντες, ὅταν φαῦλοι
οἱ ἀγωνιζόμενοι ᾧσι, τότε μάλιστα αὐτὸ δρωσιν. ἐπεὶ
δ' ἡ μὲν οἰκεία ἡδονὴ ἐξακριβοῖ τὰς ἐνεργείας καὶ
χρονωτέρας καὶ (15) βελτίους ποιεῖ, αἱ δ' ἀλλότριαι
λυμαίνονται, δῆλον ὡς πολὺ διεστᾶσιν. σχεδὸν γὰρ αἱ
ἀλλότριαι ἡδοναὶ ποιοῦσιν ὅπερ αἱ οἰκείαι λῦπαι
φθείρουσι γὰρ τὰς ἐνεργείας αἱ οἰκείαι λῦπαι, οἷον εἴ
τω τὸ γράφειν ἀηδὲς καὶ ἐπίλυπον ἢ τὸ λογίζεσθαι ὃ
μὲν γὰρ οὐ γράφει, ὃ δ' οὐ λογίζεται, λυπηρᾶς οὔσης
τῆς (20) ἐνεργείας. συμβαίνει δὲ περὶ τῆς ἐνεργείας
τοῦναντίον ἀπὸ τῶν οἰκείων ἡδονῶν τε καὶ λυπῶν
οἰκείαι δ' εἰσὶν αἱ ἐπὶ τῇ ἐνεργείᾳ καθ' αὐτὴν
γινόμεναι. αἱ δ' ἀλλότριαι ἡδοναὶ εἴρηται ὅτι
παραπλήσιόν τι τῇ λύπῃ ποιοῦσιν φθείρουσι γὰρ,

πλὴν οὐχ ὁμοίως. διαφερουσῶν δὲ τῶν ἐνεργειῶν ἐπιεικεία (25) καὶ φαυλότητι, καὶ τῶν μὲν αἰρετῶν οὐσῶν τῶν δὲ φευκτῶν τῶν δ' οὐδετέρων, ὁμοίως ἔχουσι καὶ αἱ ἡδοναί· καθ' ἐκάστην γὰρ ἐνέργειαν οἰκεία ἡδονὴ ἔστιν. ἡ μὲν οὖν τῇ σπουδαίᾳ οἰκεία ἐπιεικῆς, ἡ δὲ τῇ φαύλῃ μοχθηρὰ καὶ γὰρ αἱ ἐπιθυμίαι τῶν μὲν καλῶν ἐπαινεταί, τῶν δ' αἰσχρῶν ψεκταί. (30) οἰκειότεραι δὲ ταῖς ἐνεργείαις αἱ ἐν αὐταῖς ἡδοναὶ τῶν ὀρέξεων αἱ μὲν γὰρ διωρισμέναι εἰσὶ καὶ τοῖς χρόνοις καὶ τῇ φύσει, αἱ δὲ σύνεγγυς ταῖς ἐνεργείαις, καὶ ἀδιόριστοι οὕτως ὥστ' ἔχειν ἀμφισβήτησιν εἰ ταῦτόν ἐστιν ἡ ἐνέργεια τῇ ἡδονῇ. οὐ μὴν ἔοικέ γε ἡ ἡδονὴ διάνοια εἶναι οὐδ' αἴσθησις (ἄτοπον (35) γάρ), ἀλλὰ διὰ τὸ μὴ χωρίζεσθαι φαίνεται τισι ταῦτόν. ὥσπερ οὖν αἱ ἐνέργειαι ἕτεραι, καὶ αἱ ἡδοναί.

Yukarda metni verilen bu ilk bölümde, *Aristoteles*'in *ετοσ* (*etos*: etik, örf ve adete uygun) olarak adlandırdığı erdemler köklerini yaradılıştta (tabiatta) bulur. Bu örf ve adete dayalı erdemlerin kavramsal olarak nelerden oluştuğunu açıklamak için *Aristoteles* “adalete uygun”, “hakkaniyetli”

kavramlarının anlam ve zıt anlamları arasındaki sınıflandırmayı kullanmıştır. Şunu söylemek gerekir ki, “adaletli”, “hakkaniyetli” ve “uygunluk” kavramları kesin ve net bir şekilde tanımlanmamış olmasına rağmen, her durum ve somut olayda belirli oranda değerlendirilmiştir. Bu nedenle, sadece akılla değerlendirilebilecek görelî bir ölçü getirmektedir³⁶.

“Erdem” kavramı her zaman “zevk” kavramı ile ilişkilendirilmiştir. Zevkler arasında bir hiyerarşi olduğu kabul edilir. Zevk alınan hareketin türünün daha çok veya daha az değeri vardır. Bu çerçevede düşünsel zevklerin duygusal zevklere oranla daha üstün oldukları kabul edilir. Bu nedenle incelediğimiz metne göre, *epieikeia* kesinlikle amaca uygun insan davranışları ve onların içinde kökleşmiş zevklerdir. Faziletli ve erdemli davranışlar içinde kökleşmiş zevkler *epieikes*'tir. Çünkü dürüst olmayan davranışlar içinde kökleşmiş zevkler ahlaksız, kötüdür (*mochteros*)³⁷.

Aristoteles Nikomakhos'a Etik'in bir başka metninde (5. kitap 10. bölüm 8.paragraf), *δικαιοσ/νε* (*dikaioσ/ne*: adalet, hukuka uygun) ile *επιεικεια* (*epieikeia*) arasındaki ilişkiye değinilmiştir³⁸.

³⁶ BISCARDI, 3; VAN ZYL (Greek and Roman), 100-101; GÜRİZ (Felsefe), 175.

³⁷ BISCARDI, 3; VAN ZYL (Greek and Roman), 100-101.

³⁸ BISCARDI, 3; VAN ZYL (Greek and Roman), 100-101; GÜRİZ (Felsefe), 175; JOLOWICZ (Roman), 54.

Aristoteles Ethika Nikomakheia 5.10.1-8 (1137a-1138a)

περὶ δὲ ἐπεικειίας καὶ τοῦ ἐπεικοῦς, πῶς ἔχει ἢ μὲν ἐπεικεία πρὸς δικαιοσύνην τὸ δ' ἐπεικὲς πρὸς τὸ δίκαιον, ἐχόμενόν ἐστιν εἰπεῖν. οὔτε γὰρ ὡς ταῦτόν ἀπλῶς οὔθ' ὡς ἕτερον τῷ γένει φαίνεται σκοποῦμένοις καὶ ὅτε μὲν τὸ ἐπεικὲς (35) ἐπαινοῦμεν καὶ ἄνδρα τὸν τοιοῦτον, ὥστε καὶ ἐπὶ τὰ ἄλλα [1137b] (1) ἐπαινοῦντες μεταφέρομεν ἀντὶ τοῦ ἀγαθοῦ, τὸ ἐπεικέστερον ὅτι βέλτιον δηλοῦντες ὅτε δὲ τῷ λόγῳ ἀκολουθοῦσι φαίνεται ἄτοπον εἰ τὸ ἐπεικὲς παρὰ τὸ δίκαιόν τι ὄν ἐπαινετόν ἐστιν ἢ γὰρ τὸ δίκαιον οὐ σπουδαῖον, ἢ τὸ ἐπεικὲς οὐ (5) δίκαιον, εἰ ἄλλο ἢ εἰ ἄμφω σπουδαῖα, ταῦτόν ἐστιν. ἢ μὲν οὖν ἀπορία σχεδὸν συμβαίνει διὰ ταῦτα περὶ τὸ ἐπεικὲς, ἔχει δ' ἅπαντα τρόπον τινὰ ὀρθῶς καὶ οὐδὲν ὑπεναντίον ἑαυτοῖς τό τε γὰρ ἐπεικὲς δικαίου τινὸς ὄν βέλτιόν ἐστι δίκαιον, καὶ οὐχ ὡς ἄλλο τι γένος ὄν βέλτιόν ἐστι τοῦ δικαίου. (10) ταῦτόν ἄρα δίκαιον καὶ ἐπεικὲς, καὶ ἀμφοῖν σπουδαίῳ ὄντιον κρεῖττον τὸ ἐπεικὲς.

ποιεῖ δὲ τὴν ἀπορίαν ὅτι τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μὲν ἔστιν, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου. αἴτιον δ' ὅτι ὁ μὲν νόμος καθόλου πᾶς, περὶ ἐνίων δ' οὐχ οἷόν τε ὀρθῶς εἰπεῖν καθόλου. ἐν οἷς οὖν (15) ἀνάγκη μὲν εἰπεῖν καθόλου, μὴ οἷόν τε δὲ ὀρθῶς, τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεον λαμβάνει ὁ νόμος, οὐκ ἀγνοῶν τὸ ἁμαρτανόμενον. καὶ ἔστιν οὐδὲν ἥττον ὀρθός τὸ γὰρ ἁμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματός ἐστιν εὐθύς γὰρ τοιαύτη ἡ τῶν πρακτῶν ὕλη ἐστίν. (20) ὅταν οὖν λέγῃ μὲν ὁ νόμος καθόλου, συμβῆ δ' ἐπὶ τούτου παρὰ τὸ καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἢ παραλείπει ὁ νομοθέτης καὶ ἥμαρτεν ἀπλῶς εἰπὼν, ἐπανορθοῦν τὸ ἐλλειφθέν, ὃ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών, καὶ εἰ ἥδει, ἐνομοθέτησεν. διὸ δίκαιον μὲν ἔστι, καὶ βέλτιόν τινος δικαίου, (25) οὐ τοῦ ἀπλῶς δὲ ἀλλὰ τοῦ διὰ τὸ ἀπλῶς ἁμαρτήματος. καὶ ἔστιν αὕτη ἡ φύσις ἡ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου, ἢ ἐλλείπει διὰ τὸ καθόλου. τοῦτο γὰρ αἴτιον καὶ τοῦ μὴ πάντα κατὰ

νόμον εἶναι, ὅτι περὶ ἐνίων ἀδύνατον θέσθαι νόμον, ὥστε ψηφίσματος δεῖ. τοῦ γὰρ ἀορίστου ἀόριστος καὶ (30) ὁ κανὼν ἐστίν, ὥσπερ καὶ τῆς Λεσβίας οἰκοδομίας ὁ μολίβδινος κανὼν πρὸς γὰρ τὸ σχῆμα τοῦ λίθου μετακινεῖται καὶ οὐ μένει ὁ κανὼν, καὶ τὸ ψηφίσμα πρὸς τὰ πράγματα. τί μὲν οὖν ἐστὶ τὸ ἐπιεικές, καὶ ὅτι δίκαιον καὶ τινὸς βέλτιον δικαίου, δῆλον. φανερόν δ' ἐκ τούτου καὶ ὁ ἐπιεικῆς τίς (35) ἐστίν ὁ γὰρ τῶν τοιούτων προαιρετικὸς καὶ πρακτικὸς, καὶ [1138a] (1) ὁ μὴ ἀκριβοδίκαιος ἐπὶ τὸ χεῖρον ἀλλ' ἐλαττωτικὸς, καίπερ ἔχων τὸν νόμον βοηθόν, ἐπιεικῆς ἐστι, καὶ ἡ ἕξις αὕτη ἐπιείκεια, δικαιοσύνη τις οὔσα καὶ οὐχ ἑτέρα τις ἕξις.

“Doğruluk ve doğru insan konusuna gelince: Doğruluk ile adaletin ve doğru olan ile adaletli olan arasındaki ilişkinin nasıl olduğunu belirtmek kalıyor geriye. Çünkü düşündüğümüz zaman, ne genel anlamda aynı şeydirler, ne de cinsleri pek farklı görünüyor; ve kimi zaman doğruyu ve doğru insanı öyle övüyoruz ki, başka şeyleri överken de bu sözcüğü iyi yerine kullanmakla daha doğru olanın daha iyi olduğunu da belirtmiş

oluyoruz; kimi zaman da, akıl yürütme sonucu, “doğru” “adaletli olan”dan farklı bir şey olduğuna göre, onun övülecek bir şey olması garip görünür; çünkü adaletli olandan farklı bir şeyse, ya adaletli olan erdemli değildir ya da doğru olan adaletli değildir; yok her ikisi de erdemli ise aynı şeydirler. İşte “doğru” konusunda çıkmaza götüren aşağı yukarı bunlardır; öte yandan bütün bunlar bir anlamda yerindedir ve aralarında bir çelişki yoktur: Çünkü doğru olan, belirli bir adaletli olandan daha iyi olsa bile, adaletli olandan başka bir cins altında bulunan bir şey olarak adaletli olandan daha iyi bir şey değildir. O halde doğru ile adaletli olan aynı şeydir; ve her ikisi de erdemli şeyler olmakla birlikte, doğru olan daha iyidir. Bu çıkmaza götüren, doğru olanın adaletli olması, ama yasaya uygun olanın adaletli olmaması; yasaya uygun olanı düzelterek adaletli olmasıdır. Bunun nedeni, her yasanın genel olması, oysa kimi konulardan genellik düzeyinde sözetmenin olanaksız olmasıdır. Demek ki, genel olarak konuşmanın zorunlu olduğu ama bunu doğru yapmanın olanaksız olduğu durumlarda yasa, çoğu zaman olanı hesaba katar, yaptığı yanlış bile bile. Ancak bu yüzden yasa daha az doğru olmuyor; çünkü hata yasada ya da yasa koyucuda değil, konu edilenin doğal yapısındadır; çünkü eylemle ilgili konuların malzemesi doğrudan doğruya öyledir ki, yasanın dile getirdiği genel olana aykırı bir şey olduğu zaman, doğru olan, yasa koyucunun genel olarak

konusmakla atladığı ve yanıldığı yerde eksik olanı düzeltmek, yasa koyucunun eğer kendisi orada bulunsaydı, söyleyeceği şeyi söylemek ve eğer bilseydi, yasasına koyacağı şeyi yapmaktır. Bunun için doğru, adaletli bir şeydir ve bir tür adaletten daha iyidir, ama genel olarak adaletten değil; genel olarak adaletin yanığıya götürdüğü yerde daha iyidir. Ve doğrunun özü şudur: Genel olması nedeniyle yetersiz kaldığı yerde yasayı düzeltmek. Bunun nedeni ise her şeyin yasaya göre olmaması, bazı konularda yasa konamaması, dolayısıyla bir kararnamenin gerekmesidir; çünkü belirlenmemiş olanın ölçüsü de belirlenmemiştir, tıpkı Lesbos yapı tekniğinde kullanılan kurşun ölçüsü gibi; nitekim o aynı kalmadığı, taşın şekline girdiği gibi, kararname de konu edilene uygun çıkarılır. O halde doğrunun ne olduğu, adaletli olduğu ve hangi adaletten daha iyi olduğu açık. Bundan da doğru kişinin kim olduğu belli; nitekim böyle şeyleri tercih ederek yapan ve yasa ona yardımcı olduğu halde olumsuz yönde adaleti harfi harfine yerine getirmeyen, daha azıyla yetinen doğru insandır. Bu huy ise doğruluktur, yani bir tür adalettir ve ondan farklı olmayan bir huydur.³⁹”

³⁹ BABÜR, 114. İlgili metinde çalışmanın konusunu oluşturan “*epieikes* (hakkaniyet)” “doğruluk” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir. Çevirenin kavram

Aristoteles'e göre, bütün örf ve adete dayalı (ahlaki) erdemler içinde en önemlisi “adalet”tir. *Aristoteles'e* göre adalet'in birçok görünüm ve anlamı vardır. Adaletli ve insafli aynı soydan gelmektedir. Ancak hakkaniyet adalete göre daha üstündür, çünkü kanuna dayanan adaleti düzeltici yönü vardır. Gerçekten de hakkaniyet, kuralları eğebilir ve bükebilir, her özel olaya göre evrensel ilke ve kuralları uygulayabilir⁴⁰. Kanunlar, şekli, soyut, şematiktir. Onların doğru uygulanabilmesi bir çeşit birbirine uygun olmayı gerektirir. Bu uygunluğu da hakkaniyet sağlar. Hakkaniyet, *Aristoteles'e* göre, kanunkoyucu tarafından açıkça düzenlememiş olan hallerde yeni kurallar koymayı dahi gerektirebilir⁴¹.

Aristoteles Retorik adlı eserinde de adalet ve hakkaniyet'in birbiriyle olan ilişkisini tartışmış ve yazılı hukukta ihmal edilmiş durumları örneklerle açıklamıştır⁴².

kargaşasını önlemek ve daha açıklayıcı olmasını sağlamak amacıyla yarattığı bu kavram farklılığı metni okurken gözönüne alınmalıdır.

⁴⁰ BISCARDI, 4; VAN ZYL (Greek and Roman), 100-101; HENF, 39-40; NEWMAN (Introduction), 18-19; SNYDER, 40.

⁴¹ DEL VECCHIO, 47; HİRŞ, 172; VAN ZYL (Greek and Roman), 100-101; HENF, 39-40; NEWMAN (Introduction), 18-19; SNYDER, 40.

⁴² VAN ZYL (Greek and Roman), 102.

Aristoteles Tekhne Rhetorike 1.13.11-19 (1374a-1374b)

[11] ἐπεὶ δὲ τῶν δικαίων καὶ τῶν ἀδίκων ἦν δύο εἶδη
τὰ μὲν γὰρ γεγραμμένα τὰ δ' ἀγραφα, (20) περὶ ὧν μὲν
οἱ νόμοι ἀγορεύουσιν εἴρηται, τῶν δ' ἀγράφων δύο
ἔστιν εἶδη: [12] ταῦτα δ' ἐστὶν τὰ μὲν καθ' ὑπερβολὴν
ἀρετῆς καὶ κακίας, ἐφ' οἷς ὀνειδή καὶ ἔπαινοι καὶ
ἀτιμίαι, καὶ τιμαὶ καὶ δωρεαὶ οἷον τὸ χάριν ἔχειν τῷ
ποιήσαντι εὖ καὶ ἀντευποιεῖν τὸν εὖ ποιήσαντα, καὶ
βοηθητικὸν εἶναι τοῖς (25) φίλοις, καὶ ὅσα ἄλλα
τοιαῦτά, τὰ δὲ τοῦ ἰδίου νόμου καὶ γεγραμμένου
ἔλλειμμα. [13] τὸ γὰρ ἐπεικὲς δοκεῖ δίκαιον εἶναι,
ἔστιν δὲ ἐπεικὲς τὸ παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον
δίκαιον. συμβαίνει δὲ τοῦτο τὰ μὲν ἐκόντων τὰ δὲ
ἀκόντων τῶν νομοθετῶν, ἀκόντων μὲν ὅταν λάθῃ,
ἐκόντων δ' (30) ὅταν μὴ δύνωνται διορίσαι, ἀλλ'
ἀναγκαῖον μὲν ἦ καθόλου εἰπεῖν, μὴ ἦ δέ, ἀλλ' ὡς ἐπὶ
τὸ πολὺ, καὶ ὅσα μὴ ῥάδιον διορίσαι δι' ἀπειρίαν,
οἷον τὸ τρῶσαι σιδήρῳ πηλίκῳ καὶ ποίῳ τινί:
ὑπολείπει γὰρ ἂν ὁ αἰὼν διαριθμοῦντα. [14] ἂν οὖν ἦ

ἀόριστον, δέη δὲ νομοθετῆσαι, ἀνάγκη ἀπλῶς εἰπεῖν,
(35) ὥστε κἂν δακτύλιον ἔχων ἐπάρηται τὴν χεῖρα ἢ
πατάξῃ, κατὰ μὲν τὸν γεγραμμένον νόμον ἔνοχός ἐστι
καὶ ἀδικεῖ, [1374b] (1) κατὰ δὲ τὸ ἀληθὲς οὐκ ἀδικεῖ,
καὶ τὸ ἐπεικὲς τοῦτό ἐστιν. [15] εἰ δὲ ἐστὶ τὸ
εἰρημένον τὸ ἐπεικὲς, φανερόν ποῖά ἐστι τὰ ἐπεικῆ
καὶ οὐκ ἐπεικῆ, καὶ ποῖοι οὐκ ἐπεικεῖς ἄνθρωποι:
[16] ἐφ' οἷς τε γὰρ δεῖ συγγνώμην ἔχειν, ἐπεικῆ
ταῦτα, καὶ τὰ (5) ἁμαρτήματα καὶ τὰ ἀδικήματα
μὴ τοῦ ἴσου ἀξιοῦν, μηδὲ τὰ ἁμαρτήματα καὶ τὰ
ἀτυχήματα: [ἔστιν] ἀτυχήματα μὲν <γὰρ> ὅσα
παράλογα καὶ μὴ ἀπὸ μοχθηρίας, ἁμαρτήματα δὲ ὅσα
μὴ παράλογα καὶ μὴ ἀπὸ πονηρίας, ἀδικήματα δὲ ὅσα
μήτε παράλογα ἀπὸ πονηρίας τέ ἐστιν: τὰ γὰρ δι'
(10) ἐπιθυμίαν ἀπὸ πονηρίας. [17] καὶ τὸ τοῖς
ἀνθρωπίνοις συγγινώσκειν ἐπεικὲς. καὶ τὸ μὴ πρὸς
τὸν νόμον ἀλλὰ πρὸς τὸν νομοθέτην, καὶ μὴ πρὸς τὸν
λόγον ἀλλὰ πρὸς τὴν διάνοιαν τοῦ νομοθέτου
σκοπεῖν, καὶ μὴ πρὸς τὴν πράξιν ἀλλὰ πρὸς τὴν

προαίρεσιν, [18] καὶ μὴ πρὸς (15) τὸ μέρος ἀλλὰ πρὸς τὸ ὅλον, μηδὲ ποιός τις νῦν, ἀλλὰ ποιός τις ἦν αἰεὶ ἢ ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ. καὶ τὸ μνημονεύειν μᾶλλον ὧν ἔπαθεν ἀγαθῶν ἢ κακῶν, καὶ ἀγαθῶν ὧν ἔπαθε μᾶλλον ἢ <ῶν> ἐποίησεν. καὶ τὸ ἀνέχεσθαι ἀδικούμενον. καὶ τὸ μᾶλλον λόγῳ ἐθέλειν κρίνεσθαι ἢ ἔργῳ. καὶ τὸ εἰς (20) δίαιταν μᾶλλον ἢ εἰς δίκην βούλεσθαι ἰέναι: [19] ὁ γὰρ δισαιτητής τὸ ἐπεικὲς ὄρα, ὁ δὲ δικαστής τὸν νόμον: καὶ τούτου ἔνεκα δισαιτητής εὐρέθη, ὅπως τὸ ἐπεικὲς ἰσχύη.

περὶ μὲν οὖν τῶν ἐπεικῶν διωρίσθω τὸν τρόπον τοῦτον.

“Başkalarına karşı iki tür doğru ve yanlış davranış olduğunu gördük, biri yazılı emirlerle, ötekisyse yazılı olmayan emirlerle. Şimdi hakkında yasanın söyleyeceği şeyler olan türü tartışmaktayız. Öteki türün kendisi iki çeşittir. İlki, kuraldışı iyilik ya da kötülükten kaynaklanan, ve buna göre de kınama ve onur kaybıyla, veya övgü ve onur artımıyla ve nişanlarla karşılanan davranıştır: Örneğin, bize iyilik yapanlara gönül borcu, iyiliğe karşı verme, dostlarımıza yardıma hazır olma ve

buna benzer şeyler. İkinci tür, bir topluluğun yazılı ceza yasalarındaki noksanlıkları karşılar. Hakkaniyet dediğimiz şey budur; insanlar buna haklı olarak bakar; gerçekte, yazılı yasanın ötesine geçen bir adalet türüdür. Varlığı yasa koyucu tarafından kısmen tasarlanmış, kısmen tasarlanmamıştır; bazı şeyleri tanımlayamadıklarını, ve aslında genellikle geçerli olan şey her zaman geçerliymiş gibi yasa yapmak zorunda kaldıklarını anladıkları hallerde; ya da yara açmakta kullanılan silahların türleri ve büyüklükleri gibi sayısız olası durumun bulunması nedeniyle eksiksiz olmanın kolay olmadığı- bunların tam bir listesini çıkarmaya bir ömür yetmez- durumlarda ise tasarlanmıştır. O zaman, kesin bir ifade olanaksız, ama yasa çıkarmak zorunluysa, yasa kapsamlı terimlerle yazılmalıdır; böylece, bir insan bir başka insana vurmak için elini kaldırdığında ya da gerçekten vurduğunda elinde bir yüzükten başka bir şey yoksa, yasada yazılı sözlere göre cezayı gerektiren bir işten suçlu olacaktır; ama gerçekte suçsuzdur, onun böyle olduğunu bildiren şeyse hakkaniyettir. Hakkaniyetin bu tanımından, hangi tür eylemlerin, hangi tür kişilerin haklı ya da tersi olduğu açıktır. Hakkaniyet, bağışlanabilir eylemlere uygulanmalıdır; ve bize bir yandan cezayı gerektiren eylemlerle, öte yandan yargılama hataları ya da talihsizlikler, kazalar arasında ayırım yaptırabilmelidir. (Bir talihsizlik, beklenmeyen sonuçları olan, ahlaki kötülüğe bağlı olmayan bir

iştir; bir yargılama hatası ise beklenebilir sonuçları olmuş olan, ve yine ahlaki kötülüğe bağlı olamayan bir iştir; “cezayı gerektiren bir iş” beklenebilecek sonuçları olmuş olan, ama ahlaki kötülüğe bağlı olan bir iştir, çünkü azgın isteklerimizin bize esinlediği bütün eylemlerin kaynağıdır.) Hakkaniyet, insan doğasının zayıflığına karşı merhametli olmamızı; yasalardan çok onu yapmış insanları, o insanın ne söylediğinden çok neyi kastettiğini düşünmeyi; ve sanığın eylemleri üzerinde niyetleri kadar fazla durmamayı; ya da şu veya bu ayrıntı üzerinde olayın hikayesi kadar durmamayı; bir adamın şu anda ne olduğunu değil, her zaman ya da genellikle ne olduğunu sormayı emreder. Zarardan çok yararları, verilen yararlardan çok elde edilen yararları anımsamayı; bize karşı kötü davranıldığı anda sabırlı olmayı; bir anlaşmazlığı güç yoluna değil karşılıklı konuşmayı çözmeyi; dava açma yerine hakeme başvurmayı yeğlemeyi emreder –çünkü hakem bir davada hakkaniyetle hareket eder, yargıçsa, kesin yasayla; hakemlik, hakkaniyet için bütün gücü kullanma gibi açık bir amaçla icat edilmiştir.

Yukarda söylediklerimiz hakkaniyetin doğası hakkında yeterli bir açıklama olarak alınabilir.⁴³

⁴³ ARISTOTELES (Çev: Mehmet H. Doğan), 84-85.

Aristoteles bu metninde adalete uygun olan ve adalete uygun olmayan davaları anlatırken “hakkaniyet”in bu adaleti sağlamadaki fonksiyonuna değinmiştir. *Nikomakhos*’a Etik’te de yer aldığı gibi , pozitif hukukta özellikle de yazılı hukukta boşluk veya kusur (*lacuna*) varsa “hakkaniyet”in sağlanabilmesine daha çok önem verilir. Hakkaniyet burada, yazılı hukukta boşluk bulunduğu zaman, onu dolduran, tamamlayan adaletin bir şekli olarak tanımlanmıştır. Kanun boşluğunun bilerek, isteyerek bırakılması ya da bilmeden ortaya çıkması şeklinde ayrılması *Aristoteles*’e aittir. *Aristoteles* tarafından verilen kanun boşluğu örnekleri haksız fiillere ve ceza hukukuna ilişkindir⁴⁴.

Epieikes ve *epieikeia* kavramlarının teknik manada anlamlarına bakılacak olursa, “hakkaniyetli, insafli” ve “hakkaniyet” başta gelir. Bu kavramlar da şunları temsil eder: “ eşitliğe uygun davranmak”, “somut olayda adalet”, “kanundan kaynaklı adalet anlayışının ıslahı”, “aynı olaya (duruma) aynı uygulama”. İkinci olarak bu iki kavramın “amaca uygun olma” ve “ uygun, yararlı” anlamları da diğer genel anlamlarına dahildir⁴⁵.

⁴⁴ VAN ZYL (Greek and Roman), 102-103.

⁴⁵ BISCARDI, 6; VAN ZYL (Greek and Roman), 102-104.

III. Roma'da Hakkaniyet (*Aequitas*)

A. Roma'nın Toplumsal, Ekonomik ve Siyasal Yapısındaki Dönüşümün *Aequitas*'ı Gerektirmesi

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru Roma, ilkçağların normal *civitas* sınırlarını çok aşmış, yabancı kavimlerle olan ilişkileri artmış, eski, kendi içine kapanmış ziraatçi Roma kavmi, artık ticaretle uğraşan bir topluluk haline gelmiştir. Bu yapı değişikliği, kamu hukuku alanında, devlet içinde birçok yeniliklerin (konfederasyonlar, *municipium*'lar, *colonia*'lar) doğmasına sebep olduğu gibi, özel hukuk alanında da etkilerini göstermiştir. Kapalı ve küçük bir ziraatçi topluluğun çok sınırlı ihtiyaçlarına cevap verebilmiş olan, dar, şekilci *ius civile*, yeni ticaret hayatının değişik zorunlulukları karşısında yetersiz kalmaktaydı. Ticari ilişkiler, bir taraftan daha hızlı olmayı gerektiriyor, diğer taraftan, çok sıkı olan formalitelerden kurtulma ihtiyacı hissettiriyordu. Bu nedenle, *ius civile*'nin tamamen yenilenmesi gerekiyordu. O zamana kadar kamu hukuku ile karışmış görünen özel hukuk, bu dönemden itibaren, daha geniş ve kendine özgü temeller üzerinde kurulmaya başlanmıştır⁴⁶.

Kanun koyucu organ olan halk meclisleri, toplanmaları güç olduğu için, ancak, örneğin hibe, malvarlığı teminatı, faiz problemleri gibi, büyük ve herkesi ilgilendiren menfaatler gerektirdiği zaman ve dolayısıyla istisnai olarak kanun yapmaktaydılar. Bu görev, *magistra*'lardan farklı olarak, idari ve askeri işlerle ilgilenmeyen, fakat şehirdeki yaşamı düzenlemekle uğraşan ve

⁴⁶ UMUR (Tarihi Giriş), 201; DI MARZO (Çev.:UMUR), 5-6.

quasi magistra olarak nitelendirebileceğimiz *tribunus plebis*'lerin başkanlığında toplanan, *pleb* meclisi tarafından yerine getirilmekteydi. Sonuç olarak M.Ö. III. yy'ın sonundan itibaren özel hukukla ilgili kanunların hemen hepsi *plebiscitum* niteliğindeydi⁴⁷.

Hukuku, yeni beliren ihtiyaçları karşılayabilecek bir hale getirmek görevi kısmen, artık klasikleşmiş olan hukuk bilimine (*iurisprudentia*); fakat cumhuriyetin son dönemlerinde ve *principatus*'un ilk yıllarında özellikle *praetor*'a düşmekte idi⁴⁸.

İşte bu noktada ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılayabilmek için *praetor*'un gerçekleştirdiği faaliyetler, *aequitas* (hakkaniyet)'in ortaya çıkmasında en önemli etken olmuştur. Bu yeni ihtiyaçların karşılanamaması, katı ve şekilci *ius civile*'nin uygulanmasında ısrar edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğundan *aequitas* (hakkaniyet) kavramı, *praetor*'ların faaliyetleri ile birlikte Roma Hukuku'na girmiştir. *Praetor*'lar *ius civile*'ye yabancı çok sayıda talebe *aequitas*'a dayanarak dava hakkı (*actiones*) tanımış, def'i (*exceptio*) ve eski hale getirme (*restitutio in integrum*) olanakları sağlanarak *ius civile*'deki boşlukları doldurmuşlardır⁴⁹. Buna ek olarak Romalı

⁴⁷ UMUR (Tarihi Giriş), 201; HENF, 42.

⁴⁸ UMUR (Tarihi Giriş), 201; HENF, 42.

⁴⁹ HENF, 42.

hukukçular ve düşünürler de bu kavramın felsefi ve hukuki temellerini oluşturmaya çalışmışlardır⁵⁰.

B. Romalı Hukukçular ve Cicero'nun Hakkaniyet (*Aequitas*) Anlayışı

Hakkaniyet kavramını daha iyi anlayabilmek için Antik Yunan kökeninden sonra Roma Hukuku'nda *aequum* ve *aequitas* kavramlarına bakmak gerekir. Kaynaklara bakılacak olursa, herşeyden önce, isim niteliğindeki *aequitas* ve onunla ilişkili sıfat niteliği taşıyan *aequus*'un birçok anlamı olduğu dikkati çekmektedir. Bu anlamlar arasında da birçok nüans vardır. Çünkü hakkaniyet, Antik Roma'nın hukuk deneyiminde anlaşılması en zor kavramlardan birisidir. Yine hemen hemen bütün değişik anlamları, *aequitas*'ın asıl anlamı olan hakkaniyet ile "yürürlükteki hukuk (*ius*)"un zıt anlamı olarak kullanılan *aequitas* kavramı arasında gidip gelmektedir⁵¹.

Etimolojik olarak, *aequor* (düz yüzey), *aequalis* (düz, düzgün, denk, eşit, aynı, tıpkı, benzer), *aequare* (düzeltmek, düzlemek, eşit kılmak, aynı düzeye getirmek; kıyaslamak, eşit olmak) kelimeleri ile aynı kökten gelen *aequitas*, herhangi bir tarafa eğilmemiş düz bir alan görüntüsünü kasteder. Tam olarak "eşitlik" ile eş anlamlı değilse de, "*suum cuique tribuere* (aynı

⁵⁰ MACKINTOSH, 34; WHITTAKER/ZIMMERMANN, 17; HENF, 41; DI MARZO (Çev.: UMUR), 6-7.

⁵¹ BISCARDI, 7.

vakalara aynı şekilde davranmak)” kuralı ile ilişkili, “karşit ihtiyaçlar arası uzlaşma” veya “karşit menfaatler arasında denge”yi ifade eder. Aynı zamanda *aequitas*, hukukun esas idealini açıklığa kavuşturmaya hizmet eder⁵².

Cicero Topica 2.9

...lus civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas

“*lus civile*, aynı şehirde yaşayan kişiler arasında hakkaniyeti sağlar.”

D.1.1.1 pr.

...ius est ars boni et aequi.

“ Hukuk, iyiyi ve adili bulma sanatıdır.”

Cicero'nun *Topica*'sındaki metin veya hukukçu *Celsus*'un herkes tarafından bilinen bu özdeyişi; açıkça soyut adalet düşüncesinden gelen *aequitas* kavramından kaynaklanmıştır ve pozitif hukukta, yürürlükteki hukuki

⁵² BISCARDI, 7; VAN ZYL (Greek and Roman), 108. “*Aequitas* kelimesi *aequus* (eşit) ile akraba olup, eşitlik, birlik ve eşit olma anlamlarına gelir. Sanskritçe’de *ekah=unus* (tek, bir) anlamına gelmekte olup, eski Latince’deki *aicetia*, eski Almanca’daki *éwa* (Recht, hak, hukuk) kelimeleri buradan türetilmiştir.(BONSE, 1.)

düzenlemelerin mihenk taşı oluşturur⁵³. Bu da bir diğer klasik dönem hukukçusu olan *Paulus* tarafından formüle edilmiştir:

D. 50.17.90

In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.

“Her meselede, özellikle bunlardan hukukla ilişkili olanlarda, hakkaniyet mutlaka göz önünde tutulmalıdır.”

Aequitas'ın hukuk ile ilişkisini anlamak için iki yol vardır: Varolan hukuk kurallarının özündeki gerekçe ve temeli olarak *aequitas*. İkinci olarak, hukukun amaçladığı nesnel ölçü olarak *aequitas*. Bu ikincisi, toplumsal vicdanın adalet duygusuna uymayan bu kuralların değiştirilerek yeni kural oluşması gerektiğini belirleyendir. Bu anlamıyla *aequum Cicero de Officiis* 1.10.33'de “*summum ius summa iniuria* (en büyük hak en büyük haksızlık olabilir⁵⁴)” biçiminde formüle edilmiştir. Benzer bir ifade *Marcellus*'a ait *D. 50.17.183*'de görülmektedir⁵⁵.

⁵³ BISCARDI, 7; VAN ZYL (Greek and Roman), 108.

⁵⁴ ERDOĞMUŞ (Latince), 125.

⁵⁵ BISCARDI, 8.

D. 50.17.183⁵⁶

Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.

“Kanunen gerekli işlemler kolayca değiştirilememesine rağmen yine de *aequitas*'a açıkça ihtiyaç olduğu zaman dava (hukuki çare) kabul edilebilir.”

Bununla beraber, yürürlükteki bir düzenlemeye aktarıncaya kadar, *aequitas*'ın kendi sıfatıyla zorlama gücü yoktur, fakat *ius* olarak her zaman bu güce sahiptir. Bu durumda *aequitas*, kurallaşmadan önce genel hukuk ilkesi olarak var olmuş ancak uygulamaya zorlayamadığı için etkisiz kalmıştır⁵⁷.

Klasik sonrası dönemde skolastik ve muğlak haldeki *ius aequum*, *humanitas* (insanlık, insancılık, sevecenlik, nezaket, incelik), *caritas* (saygı), *pietas* (sadakat, bağlılık, dindarlık), hayırseverlik gibi hıristiyan değerlerinin etkileriyle somutlaşmaya başlamıştır. *Ius aequum* kavramı, hıristiyan kökenli bir kavram haline gelmiş olan *ius naturale*'ye yönelmiştir⁵⁸. Yürürlükteki birçok kuralın kısmen tadili veya tamamen kaldırılması, yürürlükteki hukuka

⁵⁶ Aynı yönde bir başka metin için bkz. *D.4.1.7 pr.*

⁵⁷ BISCARDI, 8-9.

⁵⁸ LEFEBVRE, 93. *Ius aequum* ile *ius naturale* arasındaki ilişki hıristiyanlıktan çok önceki dönemlere dayanır. Hatta, *aequitas* kavramının doğuşunda *ius naturale* düşüncesinin temel teşkil ettiği görüşü genel kabul görmektedir.

göre *aequitas*'ın hukukun daha üstün bir ifadesini temsil ettiğinin düşünülmesine dayandırılmıştır. Çünkü *aequitas* Tanrı'dan ve onun yeryüzündeki tek elçisi olan imparatorun kaynaklanır. Bu andan itibaren, *aequitas*, *rigor iuris*⁵⁹'in yumuşak ıslahı düzeyine inerek yozlaşmıştır. Sonrasında, bu sözü edilen anlamdaki *ius aequum-ius strictum* arasındaki çekişmenin izlerini *Corpus Iuris Civilis*'teki *interpolatio*'larda bulmak mümkündür⁶⁰.

Roma'daki kökeni ortaya konulan *aequitas*'ın izlerini ortaçağ kilise hukunda, aydınlanma düşüncesinde ve günümüz pozitif hukukunda da bulmak mümkündür⁶¹.

Hakkaniyet, *επιεικεια* (*epieikes*) ve *aequus* köklü iki kaynaktan ortaya çıkmıştır. *Epieikeia* ve *aequitas* kavramlarının anlamlarının çokluğuna rağmen, günümüzde de anlamlarını koruduklarını ve var olduklarını söylemek

⁵⁹ *Rigor iuris*: Kanunun sertliği, şiddeti, mutlaklığı, bükülmezliği. (UMUR, Lügat, 189.) Bu hukuk ilkesini hukukçu *Modestinus Digesta*'da şu şekilde açıklamıştır: Bkz. **D. 49.1.19**: *Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest.*“Eğer bir hüküm, kanunun mutlaklığına (*rigor iuris*) açıkça aykırı olarak verilmişse, geçerli olmamalıdır. Bu nedenle, kanun yoluna (*appellatio*) başvurmaya ihtiyaç duymadan yeniden incelenebilir.”

⁶⁰ BISCARDI, 9.

⁶¹ BISCARDI, 10.

yanlış olmaz. Ortak paydada buluşan bu iki Yunan ve Latin diline ait kavram, hakkaniyet denildiği zaman “kanunun (hukukun) ruhu”nu ifade eder⁶².

Cicero'nun hakkaniyet (*aequitas*) anlayışına bakılacak olursa, bu anlayışın onun adalet üzerine olan düşüncelerinden ayrılamayacağı ortaya çıkar. *Cicero*'nun adalet üzerine yaptığı birçok tartışma ve açıklama ele alındığında, *aequitas* kavramının anlam ve önemi üzerinde birçok kereler durduğu ve birçok hitabında da *iustitia*, *fides* ve ilgili diğer kavramları incelediği görülmektedir⁶³.

Şüphesiz ki *Cicero*, hakkaniyete ilişkin hukuk felsefesinde, *Platon* ve daha da çok *Aristoteles* gibi Antik Yunan düşünürlerinin ileri sürdükleri görüşlerden etkilenmiştir. Aynı zamanda *Stoacı* düşünürlerin fikirleri de *Cicero*'nun hukuk felsefesi ve özellikle hakkaniyete ilişkin fikirlerinin oluşmasına katkıda bulunmuşlardır⁶⁴.

O dönemlerdeki genel görüş gereğince, adaletten farklı olarak *aequitas* (hakkaniyet) başlıca ve esaslı erdemlerden birisi olarak kabul edilmemiştir. Fakat *Cicero*'da, adalet ile çok yakın ve sıkı ilişki içinde bulunduğu ve bu sebeple önemli erdemlerden biri olduğu kabul edilmiştir. *Cicero*'nun *De re publica* adlı eserinde söz edilen adalet, hakkaniyet ve iyiniyet, üçlü erdemler olarak, *ius civile* ve *ius gentium* gibi önemli kavramlar

⁶² BISCARDI, 10.

⁶³ VAN ZYL (Greek and Roman), 107.

⁶⁴ VAN ZYL (Greek and Roman), 107; VAN ZYL (Cicero), 148.

arasında sayılmıştır. Diğer taraftan da *pietas* (sadaikat, bağlılık, yurtseverlik, dindarlık) ve *religio* (dinsel bağlılık, saygı, hürmet) gibi yukarıdaki kavramlarla ilişkili kavramlar sayılmıştır⁶⁵.

Cicero De re publica 1.2.2.

...nihil enim dicitur a philosophis, quod quidem recte honesteque dicatur, quod non ab iis partum confirmatumque sit, a quibus civitatibus iura discripta sunt. unde enim pietas, aut a quibus religio? unde ius aut gentium aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde iustitia fides aequitas? unde pudor continentia fuga turpitudinis adpetentia laudis et honestatis? unde in laboribus et periculis fortitudo? nempe ab iis qui haec disciplinis informata alia moribus confirmarunt, sanxerunt autem alia legibus.

“...Erdemler hakkında filozoflar tarafından dile getirilmiş, adalet ve şeref üzerine bile, herhangi bir ilke yoktur. Devlet için kanun düzenleyen bu filozoflar bu gibi kavramlar ortaya çıkarmamış ve yapılandırmamışlardır. Bizim bu görev duygumuz nereden gelmektedir? Biz bu inancın (dinin) ilkelerini kimden elde ettik? *Ius gentium* veya *ius civile* olarak anılan bizim hukukumuz nereden geliyor? Adalet, şeref, namuslu iş yapma nereden kaynaklanıyor? Namus (ılımlılık, nezaket), kendine hakim

⁶⁵ VAN ZYL (Greek and Roman), 107; VAN ZYL (Cicero), 149.

olma, ayıp, övgü isteği, ve şeref (fazilet) nereden kaynaklanıyor? Tuzağa ve tehlikeye tahammül edebilme nereden kaynaklanmaktadır? Şunu söyleyeyim, o adamlardan hangileri tarafından, ne zaman ya gelenekler tarafından belirlenmiş veya kanunlar tarafından uygulanmış bu şeyler bir eğitim sistemi ile öğretmiştir. “

Ius civile Cicero'nun *Topica* adlı eserinde şu şekilde tanımlanmıştır.

Cicero Topica 2.9

...Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas...

“*Ius civile*, aynı şehirde yaşayan kişiler arasında adaleti (eşitliği, hakkaniyeti, nasafeti) sağlar.”

Aequitas burada çok geniş bir anlamda ve muhtemelen Cicero'nun inandığı, *Ius civile*'nin olduğu veya olması gerektiği temel özellikleri gösteren şekilde kullanılmıştır⁶⁶.

De officiis adlı eserinde yer alan bir başka metinde Cicero, adalet ve hakkaniyetin uygulanabilmesi için gereken ve uyulması gereken şartlardan dayanıklılığın ve cesaretin önemini vurgulamıştır. Cicero “cesaret”in *Stoa*'cı tanımını şu şekilde yapmıştır⁶⁷.

⁶⁶ VAN ZYL (Greek and Roman), 108; VAN ZYL (Cicero), 149.

⁶⁷ VAN ZYL (Greek and Roman), 109; VAN ZYL (Cicero), 151.

Cicero De Officiis 1.19.62

Itaque probe definitur a Stoicis fortitudo, cum eam virtutem esse dicunt propugnantem pro aequitate.

“Stoa’cı tanıma göre cesaret, hakkaniyeti savunmak için mücadeleye etme erdemidir.”

Aynı kaynakta Cicero, kendi denklemleri arasında üstünlüğe ulaşmak için çabalayan liderleri uyarmaktadır⁶⁸.

Cicero De Officiis 1.19.64

Difficile autem est, cum praestare omnibus concupieris, servare aequitatem, quae est iustitiae maxime propria.

“Herkesten üstün olmayı arzu ediyorsan, özellikle adaletle uygun *aequitas*’ı koruyabilmek çok zor olur.”

Bu yukarıdaki iki metinde gösterdiği gibi Cicero, *aequitas*’ı adaletin en önemli niteliklerinden biri olarak kabul etmekteydi. Bu anlamda temel olarak adalet, insafli ve hakkaniyetli olmalıdır, aksi takdirde adalet değil adaletsizlik ortaya çıkar⁶⁹.

Yine Cicero’ya göre adalet ile hakkaniyet arasındaki ilişki, her ikisinin de aynı kaynaktan, tabii hukuktan geliyor olmasına dayanır. Bu görüşe temel

⁶⁸ VAN ZYL (Cicero), 151.

⁶⁹ VAN ZYL (Greek and Roman), 109; VAN ZYL (Cicero), 151.

olan metin, *Cicero*'nun *De finibus* adlı eserinde erdemler üzerine tartışılırken dile getirilmiştir⁷⁰.

Cicero De finibus 2.18.59

...perspicuum est enim, nisi aequitas, fides, iustitia proficiscantur a natura, et si omnia haec ad utilitatem referantur, virum bonum non posse reperiri...

“Çok açıktır ki, *aequitas*, *fides* ve *iustitia* tabiattan (*natura*) kaynaklanmaktadır: eğer bu böyle olmasaydı ve eğer bu erdemlerin tamamı sadece çıkarıcılık ile bağlantılı olsaydı, iyi bir insan bulmak mümkün olmazdı.”

Yine *Topica*'da neyin adil ve hakkaniyete uygun neyin adil ve hakkaniyete uygun olmadığı incelenerek açığa kavuşturulmaya çalışılmıştır⁷¹.

Cicero Topica 23.90

Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colligentur. Hi cernuntur bipertito, et natura et instituto. Natura partes habet duas, tributionem sui cuique et ulciscendi ius. Institutio autem aequitatis tripartita est: una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata. Atque etiam aequitas tripartita dicitur esse: una ad superiores deos, altera ad

⁷⁰ VAN ZYL (Greek and Roman), 110; VAN ZYL (Cicero), 151.

⁷¹ VAN ZYL (Cicero), 151.

manes, tertia ad homines pertinere. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia iustitia aut aequitas nominatur. De proposito satis multa, deinceps de causa pauciora dicenda sunt. Pleraque enim sunt ei cum proposito communia.

“Ne zaman *aequum* ve *iniquum* kavramları tartışılrsa, *aequitas*’a ilişkin konular başta gelir. Bunlar iki kategoriye ayrılırlar, tabiattan kaynaklananlar ve insanoğlunun kurumları. Tabiatın iki yönü vardır, kendi kendini koruma ilkesi ve ödül ve ceza verme hakkı. *Aequitas*’a dayanan kurumlar üç bölümden oluşur: bir tanesi hukuka ilişkindir, diğeri anlaşmalar ve üçüncüsü eski yerleşik gelenekler. *Aequitas*’ın kendisinin üç yönü olduğu söylenebilir: Birincisi yukarı dünyanın tanrılarına uygun (ait) olan, ikincisi aşağıdaki dünyanın tanrıları (ölüler alemi), üçüncüsü ise insanoğluna. Birincisi *pietas* (dindarlık), ikincisi *sanctitas* (kutsallık) ve üçüncüsü *iustitia* (adalet) veya *aequitas* (hakkaniyet) olarak adlandırılır.”

Bu değindiğimiz metinlerinden özellikle sonuncudan açıkça anlaşılacağı üzere, bunlar diyalektik⁷² metodun güzel örneklerini temsil

⁷² Diyalektik (Yun. *dialektike/dialektike tekhne*): Yunanca söyleşmek, tartışmak anlamına gelen diyalektik özellikle *Platon*’un diyaloglarında (diyalektiği bir yöntem olarak ilk keşfeden *Sokrates* eliyle) kullanılmış, sağduyu kaynaklı dünyaya ilişkin bilgilerimizin, deneyimlerimizin birbiri ardınca sorulan

etmektedirler. *Cicero* bu metodu kullanırken, genellikle Yunan kaynaklardan, özellikle *Aristoteles* ve *Platon*'dan ve aynı zamanda Stoacı okuldan etkilenmiş ve yararlanmışır⁷³.

Cicero, *aequum* kavramını bazen kendi anlamında, genellikle *ius aequum* ve *ius strictum* arasındaki zıtlığı belirtmek için kullanılan biçimde, bazen de *aequum*'un bağlantılı olduğu, *iustum*⁷⁴, *rectum*⁷⁵ (iyilik, doğruluk, erdem, fazilet) veya *iniquum*⁷⁶ (eşit olmayan, adaletsiz)'i ile birlikte kullanmıştır⁷⁷.

sorularla irdelenerek temel ilkeleri, gizli kalmış gerçekleri açığa çıkarma yöntemi olarak karşımıza çıkmıştır. İlkçağ Yunan felsefesinden bu yana uslamlama, usavurma ve tartışma sanatı; usu doğru, tutarlı ve yöntemli bir biçimde kullanma, söyleşmeyi doğru bir şekilde yürütme yöntemi; herhangi bir konuda doğruya yada doğrulara (hakikate ya da bilgiye) ulaşmak için karşıtıklardan geçip bunları aşarak akilyürütme biçimi. *Hegel*'le birlikte, düşünce ile varlığın tez-antitez-sentez aşamalarından geçerek gelişmesi; Marx'la birlikteyse bu “gelişmenin” yasası ile soruşturulma yöntemi.(GÜÇLÜ/UZUN/UZUN/YOLSAL, 400.)

⁷³ VAN ZYL (Greek and Roman), 111; VAN ZYL (Cicero), 148.

⁷⁴ *Cic. De Fin.* 3.21.71

⁷⁵ *Cic. De Inv.* 1.11.14

⁷⁶ *Cic. Top.* 22.84; *Cic. De Inv.* 2.23.69; *Cic. Phil.* 2.37.95

⁷⁷ VAN ZYL (Greek and Roman), 113; VAN ZYL (Cicero), 155.

Cicero aequitas'ın kaynakları olarak kabul ettiği hukuku, diyalektik metoda göre sınıflandırmıştır (*fontes aequitatis*). Ona göre, *aequitas* yazılı ve yazılı olmayan hukuk şeklinde çeşitli biçimlerde bulunmaktadır. Çoğunlukla *imprudentia*'ya (tedbirsizlik) bağlı olaylarda (uyuşmazlıklarda), olağanüstü durumlarda, zaruret halinde veya *casus* (beklenmeyen hal) halinde de kusurun ortadan kalkması için *aequitas*'a dayanılır. Bu durumda, *aequitas*, hafifletici sebep veya sorumluluk ve kusurun istisna tutulduğu olay ve şartlar bakımından önem kazanır⁷⁸.

Cicero'nun *aequitas*'a ilişkin önemli tespitlerinden biri de "*summum ius summa iniuria* (en büyük hak en büyük haksızlık olabilir⁷⁹)" ilkesine dayanan, *aequitas* ile *ius strictum* (*summum ius*) zıtlığıdır. Bu kural, hukuk kuralı somut olaya ne kadar katı uygulanır ise sonuçları da o kadar adaletsiz (hakkaniyete aykırı) olur anlamı taşımaktadır⁸⁰.

⁷⁸ VAN ZYL(Greek and Roman) , 114; VAN ZYL (Cicero), 157.

⁷⁹ ERDOĞMUŞ (Latince), 125.

⁸⁰ VAN ZYL (Cicero), 157-158; KISCH, 195,197; SCHERMAIER, 64-65;
Cic.De Off. 1.10.33 ... Ex quo illud "summum ius summa iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium...

İKİNCİ BÖLÜM

PRAETOR HUKUKUNDA AEQUITAS

I. *Praetor Kavramı*

A. *Praetor'luk Makamı ve Kuruluşu*

M.Ö. 510 yılında cumhuriyetin (*res publica*) kurulması ile birlikte artık *imperium* (egemenlik yani Roma şehir devletini yönetme yetkisi) tek kişinin elinde olmaktan çıkmış ve kralın sahip olduğu *imperium'u*, yeni ilke ve esaslara göre yerine getirecek bir organın kurulması gereği ve zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Fakat *imperium'u* kullanacak organın Roma'da kendi mutlak egemenliğini kurmasına engel olmak için, mülkî, askerî, kazaî yetkiler kendisine verilecek kişinin bu yetkileri kullanmaları belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır⁸¹.

Cumhuriyet Dönemi'nde, önceden kralın sahip olduğu yetkileri kullanmak üzere, *patricius*'lar içinden iki *consul* halk meclisi tarafından seçilmeye başlamış ve bu *consul*'lerin görev süreleri de bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Böylece, hayatı süresince iktidarda kalan tek bir şefin

⁸¹ BERGER, 411; OKANDAN, 36–37; UMUR (Roma), 14–16; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 43; UMUR (Lügat), 48; STEIN (European History), 8; LEE, 14; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 4–5.

yerine her sene yenilene iki makam kurulmuştur. Bu sınırlandırmalar krallık rejimine bir tepki olarak nitelendirilebilir⁸². *Consul*ler bu dönemde aslında halka ait olan iktidarı onun adına kullanmaya başladılar. *Consul*lere aynı zamanda yürütme görevleri dolayısıyla *Magistra*⁸³ da denilmeye başlanmış,

⁸² BERGER, 411; OKANDAN, 36–37; UMUR (Roma), 14–16; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 43; UMUR (Lügat), 48; STEIN (European History), 8; LEE, 13; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 4–5.

⁸³ Roma'nın çeşitli dönemlerinde devletin başında bulunan büyük memurlara verilen isim. Özellikle, Krallık, Cumhuriyet ve *Principatus* Dönemleri'nde, devlet yönetiminin üç büyük organından birisidir. Diğerleri *senatus* ve *populus* idi. Krallık Dönemi'nin tek *magistra*'sı *rex* (kral) idi. Cumhuriyet Dönemi'nde belli başlı *magistra*'ları içinde *imperium*'u (ülkeyi yönetme ve askeri birliklere komutanlık etme yetkisi) olanlar; *dictator*, *consul*, *praetor* idi. Yine bu dönemde *imperium*'u değil *potestas*'ı olanlar ise; *ensor*, *quaestor*, *aedilis curulis* ile *pleb*'lerin *magistra*'lıkları *tribunus plebis* ve *aedilis plebis* idi. *Principatus* Dönemi'nde faaliyetleri azalmış bulunan bu *magistra*'ların üstünde yeni bir *magistra*, *princeps* ortaya çıkmıştı. Son İmparatorluk Dönemi'nde *magistra*'lar yine vardı ancak yetkileri imparator yanında neredeyse yok denecek kadar azalmıştı. (UMUR (Lügat), 131.)

sonraları *magistra* ünvanı üst düzey devlet görevlilerinin genel adı olarak yerleşmiştir⁸⁴.

Bu *consul*lere, ordunun önünde giden (*praeire*) komutan olmaları nedeniyle *praetor* adı da verilmişti. M.Ö. 367 yılında *Lex Licinia Sextia*⁸⁵ ile iki *consul*e ek olarak üçüncü bir *consul*lük daha kurulmuştur. *Consul*lük makamına verilen isimlerden birisi olan *praetor* ismi de sonraları sadece üçüncü makama ait olarak kalmıştır⁸⁶.

Bu dönemde savaşların artması nedeniyle *consul*ler değişik cephelerde ordu yönetmek zorunda kalınca, Roma'da yönetim ve yargı

⁸⁴ BERGER, 411; OKANDAN, 36-37; UMUR (Roma), 14-16; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 43; UMUR (Lügat), 48; LEE, 13; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 6-7.

⁸⁵ *Lex Licinia Sextia*: *Consul*'luk görevini, *patricius*'larla birlikte *pleb*'lere de tanıyan kanun. Bu kanun ile aynı zamanda şehir *praetor*'luğu (*praetor urbanus*) da kurulmuştur.(UMUR (Lügat), 121.)

⁸⁶ VAN ZYL (Equity), 5; UMUR (Lügat), 168; BERGER, 647; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 44; UMUR (Roma), 89; STEIN (Equitable), 75; KOSCHAKER/AYİTER, 10; WOLFF, 72; MELVILLE, 31; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 218; BUCKLAND (Manuel), 6-7; MACKINTOSH, 35; HUNTER (Introduction), 10; STEIN (European History), 8; LEE, 10-11; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 16; HONİG, 13; KUNKEL, 84.

işlerini yürütecek üçüncü bir kişiye gereksinim duyulmuştur. Bu nedenle ilk olarak M.Ö. 367 yılında seçilen bu üçüncü *consul* de halk meclisi tarafından seçilmeye ve bir yıl süreyle iktidarda kalmaya başlamıştır. Bu üçüncü *consul*, diğer *consul*lerin yetkilerine sahip olmakla birlikte, bu *consul*'ün görevi yargılama işlerini yönetmektir. Zamanla yargılama işleri de çoğalınca, Roma vatandaşları ile yabancılar ve değişik kökenli yabancılar arasında çıkan hukukî anlaşmazlıkları çözmek için yeni bir *praetor*'a gereksinim duyulmuştur. M.Ö. 242 yılında seçilen bu *praetor*'a, onu, Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla yetkili olan *praetor*'dan ayırmak için, Yabancılar *Praetor*'u anlamına gelen *Praetor Peregrinus* adı verilmiştir⁸⁷.

D.1.2.2.28

Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat.

⁸⁷ VAN ZYL (Equity), 5; UMUR (Lügat), 168; BERGER, 647; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 44; UMUR (Roma), 89; STEIN (Equitable), 75; KOSCHAKER/AYİTER, 10; WOLFF, 72; MELVILLE, 31; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 218; BUCKLAND (Manuel), 6-7; MACKINTOSH, 35; HUNTER (Introduction), 10; LEE, 11; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 16; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 7-8; NICHOLAS, 23; KUNKEL, 84.

“Bir süre sonra, bu *praetor*, şehre gelen yabancıların sayılarının artışı nedeniyle yeterli görülmez hale geldi. “*Peregrinus*” adı verilen başka bir *praetor* atandı. O nedenle, bu *praetor*, yabancılar arasında adalet dağıttı.”

Bu tarihten sonra, faaliyeti Roma vatandaşları arasındaki anlaşmazlıkları çözmekle sınırlandırılan ilk *praetor* ise Şehir *Praetor*’u anlamında *Praetor Urbanus* olarak adlandırılmaya başlamıştır. *Praetor Urbanus*’un yargı alanındaki yetkileri daha genişti⁸⁸.

D.1.2.2.27

Cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.

“*Consul*’lerin uzaktaki savaşlar için çağırılmış olması nedeniyle, ülkede adalet dağıtacak kimse kalmadığından, şehirde adaleti dağıtması için “*Urbanus*” adı verilen *praetor*’luk makamı oluşturuldu.”

⁸⁸ BUCKLAND/ McNAIR, 3; MELVILLE, 32; MUIRHEAD/ GOUDY/ GRANT, 218–219; BUCKLAND (Manuel), 8–9; MACKINTOSH, 35; HUNTER (Introduction), 11; TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ (Roma), 7–8; KUNKEL, 84–85.

Zamanla başarılı savaşlar sonucunda imparatorluğa eyalet olarak katılan ülkelerin yargı işlerini düzenlemek için yeni *praetor*'luklar kurulmuştur. İlk olarak Sicilya ve Sardunya adalarında, daha sonra İspanya eyaletlerinde yargı işlerini yürütecek yeni *praetor*'lar atanmıştır. Bu şekilde *praetor*'ların sayısı dört, altı ve sekize kadar çıktıktan sonra *Iulius Caesar* zamanında on, ondört, onaltıya kadar yükselmiştir. *Praetor*'lardan bazıları ağır ceza işlerini incelemek için toplanan mahkemelere başkanlık ediyorlardı. Bununla beraber özel hukuk işleri ilk iki *praetor*'un yani *Praetor Urbanus* ile *Praetor Peregrinus*'un yetkisinde kalıyordu⁸⁹.

B. *Praetor*'ların Yetkisi (*Imperium*)

Praetor'lar yasama alanında herhangi bir yetkiye sahip değildi. *Praetor*'un bir kanun koyucu gibi hukuk kuralı koyma yetkisi de yoktu. Ancak *praetor*'lar yargılama faaliyetleri sırasında hukuk kuralları yaratmışlardır⁹⁰.

Praetor'lar, Cumhuriyet Dönemi'nde *Consul*'lerden sonraki en yüksek yetkili devlet görevlileri idi. *Praetor*'lar tam *imperium* ile donatılmıştı. Yani

⁸⁹ SCHWARZ (Çev.: RADO), 115; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 44; BUCKLAND/McNAIR, 3; WOLFF, 71-72; MELVILLE, 32-33; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 218-219; BUCKLAND (Manuel), 9. İlgili metin için bkz. D.1.2.2.32.

⁹⁰ SCHWARZ (Çev.:RADO), 118; WOLFF, 72.

askerî, idarî ve kazaî tüm yetkilere sahip kılınmıştı. Ancak asli yetkileri yargı alanında idi⁹¹. *Consul*lerle aynı *imperium*'a sahip olduklarından ordu komutanı olabilir, veya yine onlar gibi meclisleri toplantıya çağırabilirdi⁹².

Ama konumuz açısından *praetor*'un en önemli fonksiyonu, bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklarda, hangi hukuk kuralının uygulanacağını belirleyerek direktif mahiyetinde bir karar vermek ve hakime, bu direktife göre hareket ederek, taraflar arasında bir hüküm vermesini emretmektir. Bu fonksiyonuna *iurisdictio* denilirdi⁹³.

Bu durumda, kişiler arasında ortaya çıkan her türlü uyuşmazlık, önce *praetor* önüne getirilir; fakat *praetor*, olayın bütün unsurlarını inceleyerek bir hüküm vermek sorumluluğu altında değildir. Hükmü vererek uyuşmazlığı çözecek olan, tarafların *praetor*'dan sonra önüne gittikleri özel bir kişi, yani yargıçtır. Bu nedenle çeşitli olayların ayrıntıları, iddiaların dayandığı delillerin değerlendirilmesi ve bunlara dayanarak haklı tarafın hangisi olduğunun belirlenmesi gibi uzun ve yorucu işlerden uzak kalan *praetor*, sadece hangi davanın ve ne şekilde görüleceğini düzenlemekle ilgilenir. Genel olarak adaletin dağıtılması işinin, sürekli en iyi hale gelebilmesi için, edinilmiş bütün tecrübelerden serbestçe yararlanma imkanını bulurdu. Diğer taraftan, aynı

⁹¹ BERGER, 647; WOLFF, 72.

⁹² UMUR (Roma), 22; WOLFF, 72.

⁹³ UMUR (Tarihi Giriş), 202; BUCKLAND (Equity), 21; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 42-43.

devlet görevlisi, yabancılar *praetor*'luğu ve sonrasında şehir *praetor*'luğu görevlerini yerine getirdiğinden, önce sadece yabancılar için oluşturulan birçok yenilikler, Roma vatandaşları arasında da uygulanabiliyordu⁹⁴.

Praetor, yargılamayı yapıp hüküm vermediği için, bugün anladığımız anlamda bir hakim değildi. Onun görevi, davanın hangi sınırlar içinde sonuçlanacağını düzenlemekten ibaretti. Ancak bu işi yaparken, en üstün yetkilere sahip bir *magistra* olarak hareket ederdi. *Consullere* eşit *imperium*'u olduğundan, kişilerin arasında ortaya çıkan, fakat eskiden rastlanmadığı için hukuk tarafından düzenlenmemiş olan yeni ilişkileri de göz önünde tutarak, yargıç aracılığıyla korunmaları sağlandı. Hatta gerektiğinde, *imperium*'una dayanarak, bizzat emir vererek, tarafların nasıl hareket etmeleri gerektiğini söylemek iktidarına sahipti. Bu emirler, mahkeme kararı niteliğinde değildi, ancak, *magistra* emri oldukları için taraflar bu kararlara uymak zorundaydılar⁹⁵.

Doğal olarak, bu faaliyetlerini yerine getirirken, kamu yararına sadık kalmaya, mevcut hukuk anlayışına aykırı işler yapmamaya dikkat ederdi. Zaten faaliyetlerini yerine getirirken, kısmen de olsa yetkilerini sınırlayan bazı araçlar yok değildi. Eğer yaptığı işler, toplumun anlayışına aykırı düşecek

⁹⁴ UMUR (Tarihi Giriş), 202; BUCKLAND (Equity), 21.

⁹⁵ UMUR (Tarihi Giriş), 203; HUNTER (Introduction), 12.

olursa, kendi üstünde bulunan *consul*'ün yasağıyla (*prohibito*)⁹⁶ veya meslektaşı olan diğer *praetor*'un vetosuyla (*intercessio*) karşılaşılabildi⁹⁷.

II. *Praetor*'un Roma Usul Hukuku'ndaki Yeri ve İşlevi

A. Roma Usul Hukuku'na Genel Bir Bakış

Roma'nın en eski dönemlerinde hakları ihlal edilen kişiler, bu haklarını doğrudan doğruya kendileri güç kullanarak sağlıyorlardı. Özel Koruma Düzeni⁹⁸ olarak adlandırılan bu usül, çalışma konusunun dışında kaldığından üzerinde durulmayacaktır. Çünkü konumuz açısından önem arzeden *praetor*'un işlevi, yargılamanın Devlet tarafından üstlenilmesinden itibaren başlamaktadır.

Roma'da hakların korunmasının gelişiminde, iki ayrı usul ve icra sistemi vardı. Krallık Döneminden başlayarak M.S. 342'ye, yani yaklaşık olarak dördüncü yüzyılın ortalarına kadar hakların korunması, bazı

⁹⁶ *Consul*'ler Roma şehrinde bulunduğu zaman, *praetor imperium*'u kullanamaz, sadece yargılama faaliyetini yürütürdü. Bu bağlamda aslında üçüncü *consul*'lük makamı olmakla birlikte, siyasal sistemde *consul*'un siyasal yetkileri *praetor*'lara göre daha geniş ve üstündür.

⁹⁷ UMUR (Tarihi Giriş), 203.

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 268-272; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 214-216.

gelişmelerle birlikte, kural olarak, devletin yönetme ve denetim yetkisine rağmen özel kişilerin etkinliklerinin ağır bastığı bir sistem içinde düzenlenmişti. Çünkü, bu dönemde özel kişiler arasındaki anlaşmazlıkların çözümü, devletin koruyuculuğu altında yürütülen, özel kişilerin faaliyet alanına giren bir iş olarak görülüyordu. Bu nedenle Özel Yargılama Usulü (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) adı verilen bu sistemde devletin temsilcisi olarak, iddianın dava konusu olup olamayacağı konusunda karar veren ve iddia sahibine bir dava imkanı sağlayan *magistra*⁹⁹ idi. Bu davanın görülmesi koşullarını belirleyen *magistra*'nın fonksiyonu, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili faaliyetleri denetlemek ve yönetmekti. *Magistra* tarafından uygun bulunan ve koşulları saptanmış olan davaların görülmesi ve sonuçlandırılması, uyuşmazlığın taraflarının aralarında kararlaştırdıkları ve *magista*'nın yetki verdiği özel bir kişiye, daha doğrusu özel yargıca bırakılıyordu¹⁰⁰.

⁹⁹ Burada *praetor* yerine *magistra* kavramının kullanılmasındaki amaç, Krallık Dönemi'nde kralın kendisinin veya temsilcisinin yerine getirdiği bu fonksiyonu, Cumhuriyet Dönemi'nde önce *consul*'lerin, daha sonra *praetor*'ların, ya da bunların temsilcilerinin yerine getirmeye başlamasıdır. Bu bağlamda daha genel olarak üst düzey devlet görevlilerini karşılayan *magistra* kavramını kullanmak daha doğru olacaktır. (KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 273.)

¹⁰⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 272-273; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 216; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 477.

Özel Yargılama Sistemi'nde dava iki aşamada görülüyordu. *Magistra* önündeki aşamaya *in iure* adı veriliyordu. Sonrasında *magistra* davanın koşullarını saptıyordu ve tarafların üzerinde anlaşmışları özel bir yargıca davayı görme ve onu sonuçlandırma yetkisi tanıyordu. Davayı görece yargıcın ve dava koşullarının saptanması işlemine *litis contestatio* adı veriliyordu. İki aşamalı olan davanın ilk aşaması olan ve *magistra* önünde yürütülen *in iure, litis contestatio* ile sona eriyordu¹⁰¹. *Gaius*'un *Institutiones*'inde *litis contestatio*'ya ilişkin bilgiler yer almaktadır. Örneğin:

Gai. Ins. 3.180

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc est, quod apud ueteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

¹⁰¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 273; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN (*Quasi Delicta*), 42-44; UMUR (Roma), 223; KOSCHAKER/AYİTER, 14-15; BERKİ, 64; STEIN (Character), 38-39; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 216-217.

“Aynı şekilde, borç ilişkisi, eğer bir *iudicium legitimum* söz konusu ise, davanın belirlenmesi (*litis contestatio*) ile sona erer, çünkü bu andan itibaren esas borç ortadan kalkar ve davalı artık *litis contestatio*'dan dolayı sorumlu olmaya başlar. Fakat, eğer davalı mahkum edilmiş ise, *litis contestatio* da ortadan kalktığı için mahkumiyetinden dolayı sorumlu olmaya başlar. İşte bu nedenledir ki, eski hukukçuların eserlerinde, *litis contestatio*'dan önce borçlunun vermesi gerektiği, *litis contestatio*'dan sonra mahkum edilmesi gerektiği ve mahkumiyetten sonra da kararı yerine getirmesi gerektiği yazılır.”

Davanın ilk aşaması tamamlandıktan sonra taraflar, özel yargıç önüne gidiyorlardı. Bu ikinci aşamaya ise *apud iudicem* (yargıç önündeki) adı verilmişti. Taraflar bu yargıç önünde *magistra*'nın saptadığı konular hakkındaki iddia ve savunmalarını yapar, delillerini sunarlardı. Yargıcın vereceği mahkumiyet veya beraat kararı ile dava sona ererdi, çünkü bu karar kesin hüküm (*sententia*) niteliğindeydi¹⁰².

M.S. 294'ten itibaren, hakların korunmasını, başka bir deyişle yargı fonksiyonunu tümüyle devletin görevleri arasında sayan görüş egemen oldu.

¹⁰² KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 274; UMUR (Roma), 223; KOSCHAKER/AYİTER, 15; BERKİ, 65; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN (*Quasi Delicta*), 44-45; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 217-218.

Bu görüş, Özel Yargılama Sistemi'nin yerine, Sistem Dışı Yargılama'nın (*Cognitio Extra Ordinem*) almasına sebep oldu. Sistem Dışı Yargılama'da, dava, başından sonuna kadar artık devlet memuru olan yargıcın önünde ve tek bir aşamada görülüyordu¹⁰³.

M.S. 3. yy'ın sonunda, Sistem Dışı Yargılama tamamen Özel Yargılama Sistemi'nin yerini aldı¹⁰⁴.

Özel Yargılama Sistemi'nin ağırlık merkezini, birinci aşamayı (*in iure* aşamasını) sonuçlandıran "*litis contestatio*" (davanın tespiti) işlemi oluşturuyordu. *Litis contestatio*, bu sistemin uygulandığı dönem içinde önemli bir gelişim göstermişti. Bu nedenle de Özel Yargılama Sistemi'ni iki farklı usulün uygulandığı iki gelişim aşamasında incelemek gerekmektedir¹⁰⁵. Bunlar: *Legis actio* (kanuni davalar) usulünün uygulandığı dönem ile *Formula* usulünün uygulandığı dönemdir¹⁰⁶.

Gaius'un *Institutiones* adlı eserinden hakkında bilgi edindiğimiz *legis actio*'lar usulü, Özel Yargılama Sistemi'nde ilk uygulanan usuldü. Bu usul katı ve şekilci kurallara sahipti. Tam anlamıyla *Ius Civile*'nin uygulanmasının

¹⁰³ UMUR (Roma), 224; BERKİ, 88; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 216; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN (*Quasi Delicta*), 47-48.

¹⁰⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 274-275; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 218.

¹⁰⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 275.

¹⁰⁶ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 218.

usulünü içeriyordu. Bu usul Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında yerini *formula* usulüne bırakmaya başladı. Çalışmamız için asıl önemli olan usul hukuku sistemi *praetor*'ların yetkilerinin genişlediği ve hakkaniyeti sağlamaya yönelik faaliyetlerinin arttığı *formula* usulü dönemidir. *Praetor*'ların bu anlamdaki faaliyetleri ile bu usulün gelişimi paralellik arz eder. Çalışmanın konusunu hakkaniyet (*aequitas*) oluşturduğu için diğer usullere sadece değinilmekte, *praetor*'un hakkaniyeti sağlamaya yönelik faaliyetlerinin çoğaldığı *formula* usulü üzerinde ise özellikle durulmaktadır.

Roma'da hakların korunmasında bir usulden diğerine geçilmesi kesin tarihlerde ve birdenbire olmamıştır. Her yeni usul önce eskisi ile birlikte uzunca bir süre uygulandıktan sonra, eski usul kendiliğinden uygulanmaz hale gelince, yeni usul onun yerini almıştır. Krallık Dönemi'nin sonlarına doğru ortaya çıkan Özel Yargılama Sistemi'nde ilk uygulanan usul, *legis actio*'lar usulü idi. M.Ö. 3. yy'a doğru bu usulün yanı sıra, *formula* usulü'de uygulanmaya başladı. M.Ö. 150 dolaylarında çıkarılan *Lex Aebutia* (M.Ö. 120- M.Ö. 110 arası) adlı kanunla *formula* usulünün uygulanması belirlendi. Ancak *legis actio*'lar usulünü uygulama olanağı yine de mümkündü. Ancak M.Ö. 17 yılında imparator *Augustus*, çıkardığı *Lex Iulia* adlı kanunla *legis actio*'lar usulünü kaldırdı¹⁰⁷.

¹⁰⁷ NICHOLAS, 21; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 276; BERKİ, 70; WOLFF, 75-76; SCHERMAIER, 72; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 477-478; LEE, 11.

Gai. Ins. 4.30

Per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.

“*Aebutia* ve iki *Iulia* Kanun’u ile *legis actio*’lar usulü kaldırıldı, bu nedenle *formula*’lar ile dava açıyoruz.”

İmparator *Augustus* ile başlayan *Principatus* Dönemi’nin başından itibaren Özel Yargılama Sistemi’nin yanı sıra, Roma ve İtalya Yarımadasında bir takım özel durumlarda, Sistem Dışı Yargılama (*Cognitio Extra Ordinem*) Usulü, başka bir sistem olarak uygulanıyordu. M.S. 3. yy’da Roma’da ve İtalya yarımadasında da Özel Yargılama Sistemi giderek uygulamada görülmemeye başlanmıştı. Bu nedenle de, M.S. 342 yılında bu sistem yerine, bütün imparatorlukta Sistem Dışı Yargılama Usulü, hakların korunmasında tek geçerli usul olarak kabul edildi¹⁰⁸.

B. Özel Yargılama Usulünde

1. *Legis Actio*’lar Usulünde

Örf ve adete dayanan *legis actio*’lar usulü, Oniki Levha Kanunu ve onu izleyen kanunlarla düzenlenmiştir. *Legis actio*’lar usulü hakkında *Gaius*,

¹⁰⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 276; BERKİ, 70; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 478.

Institutiones adlı eserinde bilgi vermektedir. *Gaius* bu eserinde beş *legis actio*'dan söz ediyor¹⁰⁹: *Legis actio per sacramentum*, *Legis actio per iudicis postulationem*, *Legis actio per condicionem*, *Legis actio per manus iniectioem*, *Legis actio per pignoris capionem*.

Legis actio, kanunî dava şekli olarak adlandırılabilir. *Gaius* eserinde bu *actio*'ların hem kanunla saptandıklarını, hem de kanun gibi değiştirilemeyecek biçimler içinde ileri sürülmeleri gerektiğini belirtmektedir¹¹⁰. *Legis actio*'lar gerçek anlamda dava niteliğinde değildiler; kanun tarafından saptandıkları için değiştirilemeyen belli kelimelerin kullanılmasını gerektiren dava kalıpları niteliği taşıyorlardı. Yani *legis actio*'lar, çeşitli anlaşmazlıklar nedeniyle açılacak davalarda kullanılacak usul ve biçimler niteliğindedir. Anlaşmazlık tarafları dava açmak istediklerinde bu usul ve biçimlerden kendi uyuşmazlıklarının niteliğine uygun düşeni seçmek zorundaydılar¹¹¹.

Gaius'un *Institutiones*'inde belirttiği beş *legis actio*'dan; *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per conditionem* usul hukukuna ilişkindir. Son iki *legis actio* olan, *legis actio per*

¹⁰⁹ *Gai.Ins.*4.10-31. UMUR (Roma), 229; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 219; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, 41 dn.22.

¹¹⁰ UMUR (Roma), 229; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 219.

¹¹¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 283; KOSCHAKER/AYİTER, 16; BERKİ, 65-66; WOLFF, 75.

manus iniectio ve *legis actio per pignoris capionem* ise icra hukukunun konusunu oluşturluyorlardı¹¹².

Usul hukukuna ilişkin olan *legis actio*'ların birçok işlemi ortaktı. Ancak, her *legis actio*'da yapılması gerekli işlemler ve kullanılması gerekli sözler farklıydı. Bu durum, seçilen *legis actio*'ya göre, *in iure* aşamasının değişik bir biçimde geçmesini gerektiriyordu¹¹³.

Magistra önünde kanunen saptanmış olan şekle bağlı işlemlerde, iddianın ileri sürülmesinde söylenmesi gerekli sözlü formüllerde yapılan küçük bir hata, iddia sahibini iddiasının incelenmesi olanağından yoksun bırakıyordu¹¹⁴. Bu katı şekilci anlayış, maddi hukuk açısından kişi haklı bile olsa, tek bir kelimenin yanlış yazılması sonucunda usul hukuku kurallarına uymadığından dava açma olanağından yoksun kalmasına sebep oluyordu¹¹⁵. Bu katı şekilci anlayıştan *Gaius*'un *Institutiones*'inde bahsedilmektedir.

¹¹² KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 284; UMUR (Roma), 230; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 220; GÜNAL (*Condictio*), 14-15; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, 41 dn.22.

¹¹³ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 284.

¹¹⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 284; WOLFF, 75-76; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 479; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 220.

¹¹⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 284.

Gai.Ins. 4.17

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri uel adduci, uerbigratia si columna aut nauis aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur eaque in ius adferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat uindicatio; itaque ex grege uel una ouis siue capra in ius adducebatur, uel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex naue uero et columna aliqua pars defringebatur; similiter si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur...

“Bu yargılamada katı kurallar vardır. Dava konusu olan, çekişmeli malın, mahkeme önüne getirilmesi şarttır. Söz konusu malın taşınması mümkün değilse, ya da çok güçse, örneğin davanın konusu bir sütun, gemi veya hayvan sürüsü ise, mahkemeye bu malın bir parçası getirilir. Sürüyü temsil etmesi amacıyla, sadece tek bir koyun ya da bunun yünü, mahkemeye getirilebilir. Aynı durum, arazilere ilişkin davalarda da geçerlidir. Araziden alınan bir parça toprak, bir kaya parçası bu işi görür¹¹⁶.”

¹¹⁶ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 23.

Legis actio'lar usulünde, *magistra*'nın (M.Ö. 367 yılından başlayarak *praetor*'un) yetkisi çok sınırlıydı. *Magistra*'nın fonksiyonu sadece söz konusu anlaşmazlıkta seçilmiş olan *legis actio*'nun ve formülün uygun olup olmadığını, şekle bağlı işlemlerin yapılmasında ve sözlü formüllerin söylenmesinde kanuna uyulup uyulmadığını denetlemektir. *Magistra*, bunun haricinde, tarafların dava ehliyetleri olup olmadığını da araştırırdı. M.Ö. 367 yılında yargı fonksiyonunu yerine getirmekle görevlendirilmiş *magistra* olan *praetor*'ların, haklarının çiğnendiği iddiası ile kendilerine başvuran kişilere, dava hakkı tanıyıp tanımamak konusunda geniş yetkilerle donatıldıkları bilinmektedir. Ancak *praetor*'lara bu yetki, *formula* usulünde tanınmıştı. *Praetor*'ların *legis actio*'lar usulünde kanun tarafından saptanmış olan üç *legis actio*'nun kapsamına girmeyen durumlar için yeni dava olanakları tanımak hakları olmadığı gibi, kanunun öngördüğü *legis actio*'ların kapsamına giren durumlarda da, hakkaniyete dayanarak dava taleplerini reddetme yetkileri yoktu. Böylece *magistra*, iddia sahibinin seçtiği *legis actio*'nun ve dava formülünün doğru olduğu ve gerekli biçimsel işlemlerin yapılmasında ve sözlü formüllerin söylenmesinde kanuna uyulduğu kanısına varırsa, davanın tespiti (*litis contestatio*) aşamasına geçilirdi¹¹⁷.

Litis contestatio, *magistra*'nın uygun bulduğu davanın özel yargıçlar önünde görülmesine uygulanacak esasların saptanması demektir. Taraflar,

¹¹⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 285; UMUR (Roma), 239; WOLFF, 76; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 480.

magistra önünde hazır bulunan diğer kişilerin tanıklığından yararlanarak, *in iure* aşamasını sonuçlandıran *litis contestatio*'nun, davanın özel yargıç önünde görülmesine temel olacak esasların saptama yoluna giderlerdi. Bazen bu amaçla yazılı bir belgenin düzenlendiği de oluyordu. Ancak sadece ispat aracı olan bu belgenin düzenlenmesi zorunlu değildi. *Litis contestatio*'da bundan başka, *magistra*, tarafların üzerinde anlaştıkları kişiyi özel yargıç olarak davaya bakmakla görevlendiriyordu¹¹⁸.

Özel Yargılama Sistemi'nde yargıçlar devlet memuru değil, anlaşmazlığın taraflarınca seçilen özel kişilerdi. Özel yargıç olarak belirlenen kişi, ne yargıçlık mesleğini yürüten özel bir kişi, ne de özel hukuktan doğan uyuşmazlıkları devlet adına çözen bir kişiydi¹¹⁹. Kaynaklardan da M.Ö. 3. yy. sonlarına kadar kimlerin özel yargıç olabileceklerine ilişkin kesin bilgi elde edilememektedir.

Litis contestatio'dan sonra tarafların üç gün içinde yargıç önüne çıkmaları zorunluydu. Yargıç önünde hazır bulunmayan taraf davayı kaybetmiş sayıldığından, tarafları yargıç önüne çıkmaları için zorlamaya gerek yoktu. Yargıç önündeki duruşmaya (*apud iudicem*), sabah başlanırdı. Taraflar, yargıca hiçbir şekilde bağlı olmaksızın iddia ve karşı iddialarını kısaca açıklarlardı. Taraflar ileri sürdükleri iddia ve karşı iddiaları kanıtlamak

¹¹⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 285.

¹¹⁹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, 44; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 285; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 477.

zorundaydılar. Bu aşamada taraflar kendilerini haklı gösterecek kanıtlar göstermek zorunda idiler¹²⁰.

Yargıç her iki tarafı da dinledikten sonra hangi tarafın iddiası kendisine daha haklı görünürse onun haklı olduğuna karar verirdi. Yargıç kararını verirken, dinlediği tarafların iddia ve karşı iddialarını, gösterdikleri delilleri hep, *in iure* aşamasında söylenmiş sözler ve *litis contestatio*'da saptanmış olan esaslar çerçevesinde değerlendirirdi. Yargıcın vereceği karar kesindi. Herhangi bir itiraz ya da temyiz mercii yoktu. Ayrıca, bu karardan sonra, aynı anlaşmazlık konusunda yeni bir dava açma olanağı yoktu. *Legis actio*'lar usulünde dava bu *apud iudicem* aşamasının bitmesiyle sona ererdi¹²¹.

2. **Formula Usulünde**

Legis actio'lar usulünün belli kalıplara sıkı sıkıya bağlılığı, katı biçimsel koşulları öngörmesi nedeniyle birçok sakıncalar doğuruyordu. Çalışmamızın esas konusunu oluşturan hakkaniyet (*aequitas*) kavramının oluşması da bu sakıncalar sonucunda *formula* usulünde *praetor*'lara tanınan yetkiler sonucu oluşturdukları yeni kurallar ile sağlanmaya başlamıştır. Aslında, *legis actio*'lar usulünün yanı sıra, *formula* usulünün ortaya çıkış nedeni, *legis actio*'ların bu katı ve şekilci anlayışından kurtulmak değildi. Roma, başarılı savaşlar

¹²⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 285.

¹²¹ UMUR (Roma), 241-242; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 287-288.

sonucunda sınırları oldukça genişleyince, Roma sınırları içinde yaşayan, ancak kendilerine Roma vatandaşlığı tanınmamış kişilerin sayısı arttı. *Peregrinus* (yabancı) adı verilen bu kişiler arasında çıkan anlaşmazlıkların çözümünde *legis actio* usulünün uygulanma olanağı yoktu. Çünkü *legis actio*'lar usulünde yabancılara dava ehliyeti tanınmıyordu. Kendilerine *ius civile* hükümleri de uygulanamayan yabancılara ilişkin hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde iki ayrı durum söz konusu oluyordu. Eğer Roma egemenliği altına giren bir ülke söz konusu ise bu durumda o ülkenin kendi hukuk kuralları uygulanıyordu. Yani Romalılar egemenlikleri altına aldıkları ülkelerin vatandaşlarının kendi aralarındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara karışmıyorlardı¹²².

Ancak farklı kökenli yabancılar arasında ya da yabancılar ile Roma vatandaşları arasında ilişkiler ortaya çıkınca *ius gentium* adı verilen yeni bir hukuk düzenini oluşturan yeni hukuk kuralları önceleri örf ve adet hukuku olarak doğmuş sonra da *praetor*'ların faaliyetleri ile gelişmiştir. *Aequitas* kavramının felsefe alanından pozitif hukuk alanına Roma'da dahil olmasının başlangıcı bu döneme denk gelmektedir. Anılan her iki durumda da, yabancıların taraf oldukları anlaşmalardan doğan uyuşmazlıklara *praetor*'lar *legis actio*'lar usulünü uygulayamayınca, *formula* usulü denen yeni bir usul

¹²² KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 292-293; UMUR (Roma), 247; BERKİ, 71; TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ (Roma), 224-225; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 484-485; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 34-36.

yarattılar. Böylece *formula* usulünün ortaya çıkışı, yabancı sayısının arttığı M.Ö. 3. yüzyıl dolaylarında olmuştur¹²³.

Formula usulünün, *legis actio*'lar usulüne oranla sağladığı kolaylıklar nedeniyle bu usul başlangıçta kural dışı olarak Roma vatandaşları arasındaki hukuki ilişkilerden doğan anlaşmazlıklarda da kullanılmaya başlandı. Zamanla bu gibi anlaşmazlıkların sayısı arttı. Sonunda *Lex Aebutia* adı verilen, M.Ö. 120-110 yıllarında çıkarılan kanunla, tarafların aralarındaki anlaşmazlıkta, sadece olağandışı durumlarda değil, her zaman *formula* usulünün uygulanmasını isteyebilecekleri kuralı getirildi. Böylece belli bir süre her iki usül birden kullanıldı ancak daha az şekilci ve daha esnek kurallara sahip *formula* usulü tercih edilir hale geldi. Cumhuriyet Dönemi'nin sonuna gelindiğinde fiilen *legis actio*'lar usulü ortadan kalkmıştı ancak resmi olarak kaldırılması imparator *Augustus*'un M.Ö. 17 yılında çıkardığı *Lex Iulia* adlı kanunla oldu¹²⁴.

Formula, belli bir biçimde düzenlenmiş yazılı belge niteliğindedir. *Formula* usulünde, özel yargılama sistemi içinde yer aldığından iki aşamadan oluşuyordu. Bu usulde de *magistra* önündeki aşamaya *in iure*, özel yargıç

¹²³ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 292-293; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 38-39; GÜNAL (*Usucapio*), 16.

¹²⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 293; BERKİ, 71; BUCKLAND (Manuel), 7-8; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 228; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 477-478.

önündeki aşamaya ise *apud iudicem* adı verilir. Ancak *formula* usulünde *in iure* aşaması özellikle *praetor*'lara tanınmış geniş yetkiler sebebiyle, *legis actio*'lar usulünden önemli ölçüde farklı nitelik taşır. Ayrıca, bu aşamanın sonunda düzenlenen ve hakların korunmasında kullanılan, bu ikinci usule adını da veren *formula*, özel önem taşır. *In iure* aşamasını sona erdiren *litis contestatio praetor* tarafından yazılı olarak düzenlenmiş olan *formula* üzerinde tarafların anlaşmasına dayanmaktadır¹²⁵.

Formula usulünde *in iure* aşaması, *legis actio*'lar usulünden farklıydı. Bu farklılık *formula*'nın düzenleniş şekli ve niteliğinin bir sonucudur. *Legis actio* adı verilen dava kalıpları kanunla belirlenmişlerdi. Uyuşmazlıkların ve bu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak ilkelerin belirlendiği yazılı belge niteliğindeki *formula*'ların oluşturulması ise *praetor*'ların görev ve fonksiyonları içindedir. M.Ö. 367 yılından itibaren yargı fonksiyonunu yerine getirmek amacıyla seçilen *praetor*'lara geniş yetkiler tanınmıştı. Her yıl seçilen *praetor* görev yılı başında hangi durumlarda hangi koşullar altında, hangi davaları tanıyacaklarını yayımladıkları *edictum* (beyanname) ile duyurulardı. Bu *edictum*'lara *praetor*'ların tanıyacaklarını bildirdikleri davalar için düzenledikleri belli dava formülleri de yer alıyordu. Ayrıca dava hakkı tanıyıp tanımamakta ve/veya tanıdıkları davaların *formula*'larını düzenleme konusunda geniş takdir yetkisi tanınmıştı. Gerçi *praetor*'lar *ius civile*'nin katı ve şekilci kural ve davaları ile bağlıydılar. Bu katı ve şekilci yapı yeni

¹²⁵ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 225-226; SCHERMAIER, 72.

toplumsal ve ekonomik gelişmeleri karşılayamıyordu. Bu nedenle *praetor*'lara, *edictum*'larında o yıl için tanıyacakları dava türlerini ve bu davaların *formula*'larını düzenlerken *ius civile*'ye sıkı sıkıya bağlı kalmama yetkisi bu dönemde tanınmaya başlandı. *Praetor*'lar, *ius civile*'nin öngörmediği durumlar için, uygun bulursa, yeni davalar tanıyabiliyorlardı. Ayrıca *praetor*'lar çalışmanın ileriki bölümlerinde¹²⁶ ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, *ius civile*'nin öngördüğü davalara yeni koşullar ekleyerek bu davaların niteliklerini değiştirebiliyorlardı¹²⁷.

Bir hakkının çiğnendiğini iddia eden, bu nedenle de hakkın konusunu oluşturan malın kendisine geri verilmesini, yada bedelinin ödenmesini, zararının tazminini yahut belli bir miktarın ceza olarak ödenmesini isteyen kişi, *praetor edictum*'unda yer alan *formula* taslaklarından kendi talebine uygun olanı seçer ve dava etmek için *magistra* önüne çağırdığı kişiye seçtiği dava *formula*'sını bildirirdi. *Praetor*'lar iddia sahibinin çağrısı ile kendi huzuruna gelen tarafların iddia ve karşı iddialarını dinledikten sonra, bunları değerlendiriyorlardı; iddia sahibinin iddiasının doğru olması durumunda korunması gereken bir hakkın varolduğu kanısına varırsa, ona bir dava açma olanağı tanıyorlardı. Bu durum için *ius civile*'nin bir davanın öngörülmemiş olması *praetor*'u bağlamıyordu. Ayrıca, *ius*

¹²⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm s. 97.

¹²⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 298; BERKİ, 72-74; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 229-231; BUCKLAND (Manuel), 7-8.

civile'de öngörölmüş ve davaya bağlanmış olan durumlardan birisi söz konusu olsa bile, *praetor*'un hakkaniyet düşüncesi ile dava hakkı tanımama veya tanısa dahi karşı tarafa başka bazı imkanlar sunma yetkisi vardı. Sonuçta, *praetor*, iddia sahibine bir dava hakkı tanıyıp tanımamakta ve onun seçtiği *formula*'yı kabul edip etmemekte serbestti. *Praetor*, iddialarının doğru olması durumunda korunması gereken bir hakkın varlığı sonucuna varırsa, iddia sahibine hem bir dava olanağı tanıyor, hem de, bu davanın görülmesinde uygulanacak esasların saptanması için uygun bulduğu dava *formula* taslağının söz konusu durumun özelliklerine, tarafların iddia ve savunmalarına göre doldurulması fonksiyonunu yerine getiriyordu. *Formula praetor*'un ağzından, seçilen yargıca hitaben kaleme alınıyordu¹²⁸.

Böylece her *formula*, tarafların üzerinde anlaştıkları ve *praetor*'un onayladığı özel kişinin yargıç olarak atanmasını belirten bir cümle ile başlıyordu. *Gaius*'un *Institutiones*'ine göre *formula*'da dört bölüm yer alırdı¹²⁹:

Gai. Ins. 4.39

Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio.

¹²⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 298; BERKİ, 72-74; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 229-231; BUCKLAND (Manuel), 7-8.

¹²⁹ SCHERMAIER, 73.

“*Formula*’nın bölümleri şunlardır: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio*.”

Tasvir anlamına gelen *Demonstratio* bölümünde, taraflar arasında anlaşmazlık doğuran durum, olay yada olaylar tarafların ifadelerine göre belirtilirdi. Yani olaylar (vakıalar) ortaya konuyordu¹³⁰.

Gai. Ins. 4. 40

Demonstratio est ea pars formulae, quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur, uelut haec pars formulae: QVOD AVLVS AGERIVS NVMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT, item haec: QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM HOMINEM DEPOSVIT.

“*Demonstratio*, davanın neye dayandığının gösterildiği bölümdür. Yani, şu parçalar gibi: “*Aulus Agerius* bir köleyi *Numerius Negidius*’a sattığı için” veya “*Aulus Agerius* bir köleyi *Numerius Negidius*’a vedia olarak bıraktığı için.”

Intentio, *formula*’nın en önemli bölümüdür denilebilir. Bu bölümde, belirtilen olgular nedeniyle ortaya çıkan hukuki durum ve bu hukuki duruma dayanılarak öne sürülen hak açıklanıyordu¹³¹.

¹³⁰ BERKİ, 75; BUCKLAND (Manuel), 395-396; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 233.

Gai. Ins. 4. 41

Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, uelut haec pars formulae: SI PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE; item haec: QVIDQVID PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE; item haec: SI PARET HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM AVLI AGERII ESSE.

“*Intentio*, davacının talebini belirttiği *formula* bölümüdür. Örneğin: “*Numerius Negidius*’un, *Aulus Agerius*’a onbin sesterz ödemesi gerektiği açıksa” ...”

Formula’nın *adiudicatio* bölümünde, terekenin veya müşterek malın taksimi veya sınırların düzenlenmesi için çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda, müşterek malın bir kısmının veya tamamının mülkiyetini, taraflardan birisine tahsis edebilmesi için hakime yetki verecek şekilde *formula*’ya dahil edilen bölümdür. Önemli bir bölüm olmakla birlikte ve *Gaius*’un *Institutiones*’inde sayılmasına rağmen, *formula*’nın istisnai

¹³¹ BERKİ, 75; BUCKLAND (Manuel), 396-399; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 40; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 233.

bölümüdür. Taksim davalarında hakim böylece ilgililer lehine aynı zamanda irtifak hakkı da kurabildiği gibi, bir alacak hakkı da sağlayabilmekteydi¹³².

Gai. Ins. 4. 42

Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, uelut si inter coheredes familiae erciscundae agatur aut inter socios communi diuidendo aut inter uicinos finium regundorum. nam illic ita est: QVANTVM ADIVDICARI OPORTET, IVDEX, Titio ADIVDICATO.

“*Adiudicatio*, hakimın taraflardan birisine mülkiyetin tahsis edilmesine izin verdiği formula bölümüdür. Mesela, müşterek mirasçılar arasında malın taksimi konusunda dava açılmışsa; ortaklar arasında müşterek malın paylaşılmasında; komşular arasında sınırın çizilmesinde. Bu tip davalarda şu şekilde bir form kullanılır: “Hakim, yetkilendirildiği miktar kadar *Titius*’a hüküm vermiştir.””

Condemnatio adı verilen son bölümde ise, dava edilecek kişinin, iddiada öne sürülen hususlardan hangileri saptanırsa mahkum edilmesi gerektiği belirtiliyordu¹³³.

¹³² UMUR (Lügat), 18; BERKİ, 75; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 237; BUCKLAND (Manuel), 401.

Gai. Ins. 4. 43

Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absoluendique potestas permittitur, uelut haec pars formulae: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE; item haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVITO; item haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiciatur DVMTAXAT X MILIA.

“*Condemnatio*, hakime davalıyı mahkum etme veya beraat ettirme konusunda yetki verilmiş formula bölümüdür. Örneğin şunun gibi: “Hakim, *Numerius Negidius*’u *Aulus Agerius*’a onbin *sesterz* ödemeye mahkum et, fakat iddia ispatlanamazsa onu beraat ettir.” Keza şunun gibi: “Hakim, *Numerius Negidius*’u *Aulus Agerius*’u onbin *sesterz*den fazla olmamak üzere mahkum et, fakat iddia ispatlanamazsa onu beraat ettir.” Veya şunun gibi: “Hakim, *Numerius Negidius*’u *Aulus Agerius*’a ödeme yapmaya mahkum et.” gibi, herhangi bir koşul koymadan “onbin *sesterz*den fazla olmamak üzere”.

¹³³ BERKİ, 75; BUCKLAND (Manuel), 399-400; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 40-41; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 233-234.

Formula, davayı görecek olan özel yargıca söz konusu anlaşmazlık hakkında karar verebilmesi için, izlemesi gereken yöntem ve saptaması gereken hususlara ilişkin bir talimat niteliğinde olduğundan, hem şartlı cümleler kullanılıyor hem de emir kipi kullanılıyordu¹³⁴. *Praetor*, uyuşmazlığı tespit ederken, dava açmak isteyen kişinin iddialarına karşı, dava edilmek istenen kişinin karşı iddiaları varsa, bu iddiaların doğru olduğu kanaatinde olduğu zaman, davalı hakkında verilecek kararın değişmesi gerektiği düşüncesinde ise, bu karşı iddiaların da *exceptio* (def'i) olarak *formula*'da yer almasına izin verirdi. Bu defiyeye karşı ilk iddia sahibinin öne süreceği yeni bir iddiası olabilirdi. *Praetor*, bu iddianın da önem taşıdığı düşüncesinde ise, bunu da bir karşı def'i (*replicatio*=cevap, bir anlamda cevaba cevap) olarak *formula*'ya koyardı¹³⁵.

Formula düzenlendikten sonra, iddia sahibi, bu formula'yı, iddiasını kendisine karşı öne sürdüğü kişiye bildirir. Bu kişinin *formula*'yı kabul etmesiyle, dava saptanmış olurdu. Bu saptamaya *legis actio*'lar sisteminde olduğu gibi *litis contestatio* adı veriliyordu. Ancak *legis actio*'lar usulünden farklı olarak *formula* usulünde bu aşama gerçek bir anlaşma niteliğindedi ve *praetor*'un geniş takdir yetkisi sebebiyle kurallar daha özgürce belirleniyordu.

¹³⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 298-299; UMUR (Roma), 255-256; BUCKLAND (Manuel), 399-400; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 234.

¹³⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 298-299; UMUR (Roma), 255-256; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 234, 237.

Gerçi davanın devamı için, *formula*'nın dava edilmek istenen kişi tarafından kabul edilmesi zorunluydu; yoksa davanın devamı söz konusu olamıyordu. Ancak, dava edilmek istenen kişi, davanın yürütülmesi için zorunlu olan *formula*'nın kabulü için zorlanabilirdi. *Praetor*'un öngördüğü mallarına el koyma, para cezası gibi tedbirler, dava edilmek istenen kişinin davadan kaçınmasını engelliyordu. Ancak yine de *formula*'yı kabul etmeyen taraf aleyhine dava açılmazdı. Bu da hâlâ davanın tarafların rızasına dayandığı bir hakem anlaşması şeklinde olduğunu, devletin egemenliğinin tam olarak hissedilmediğini göstermektedir¹³⁶.

Litis contestatio yapılarak, *in iure* aşaması tamamlandıktan sonra, *formula*'da adı ya da adları belirtilmiş özel yargıç veya yargıçlar önünde “*apud iudicem*” aşaması başlar. *Praetor*, *formula*'da yargıcın adını belirtmekle, onu *formula*'da saptanan esaslara uygun olarak davayı görmekle görevlendirmiş olurdu. Özel kişiye verilen bu yargıçlık yetkisi yalnız söz konusu davaya ilişkili ve belli bir süre ile sınırlıydı¹³⁷.

In iure aşamasının tersine, yargıç önündeki aşama oldukça basitti ve sıkı kurallara bağlı değildi. Bu aşamada hazır bulunmayan davacı davasını kaybetmiş sayılır, aynı konuda yeniden dava açma olanağından da yoksun

¹³⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 304-305; BERKİ, 74; BUCKLAND (Manuel), 401-403.

¹³⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 306-307; UMUR (Roma), 265; BERKİ; 74; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 238.

kalırdı. Yargıç önüne gelip kendisini savunamayan davalı yargıç tarafından *formula*'da belirtilen hususlar ispatlanmışçasına, mahkum edilirdi. Yargıç *formula*'da belirtilmiş olan hususları saptayabilmek için her türlü delilden yararlanırdı, tanık dinler, getirilen belgeleri incelerdi. Taraflar iddialarını ispat ile yükümlüydüler. Yargıç *formula*'da belirtilmiş esaslara öylesine bağlıydı ki, araştırmaları sırasında saptadığı en belirgin hataları bile düzeltme olanağı yoktu¹³⁸.

Yargıcın, *formula* da saptanmış olan mahkumiyet miktarına böylesine sıkı sıkıya bağlı tutulması birçok haksızlıklara yol açıyordu. Bu nedenle, *praetor*, hakkaniyet düşüncesiyle gerekli gördüğü durumlarda, davacı lehine bir "eski hale getirme (*restitutio in integrum*)" olanağı tanıyabiliyordu. Öte yandan, yargıcın *formula*'ya olan bağlılığının doğurduğu sakıncaları önlemek için çoğu zaman *formula*'ya "hüsnüniyet neyi gerektiriyorsa" kaydı eklenerek yargıca takdir hakkı tanınıyordu. Böylece dava da hüsnüniyet davası halini alıyordu. Bazı davalarda ise, *formula*'ların *condemnatio* bölümlerinde belli miktarlar saptanmayarak "o şeyin tutarına" biçiminde kayıtlar konuyor, böylece yargıca karar konusunda da daha geniş bir özgürlük tanınıyordu¹³⁹.

¹³⁸ UMUR (Roma), 265-266; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 307-308; BERKİ, 77-81; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 238-239.

¹³⁹ UMUR (Roma), 265-266; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 307-308; BERKİ, 77-81.

Yargıç, tarafları dinledikten, delilleri değerlendirdikten sonra kararını verir,davalıyı mahkum ya da beraat ettirirdi. *Formula* usulünde mahkumiyet mutlaka bir miktar paraya ilişkin olmalıydı. Bu nedenle, davalının, davacının saptanan hakkının gereklerini kendi istemiyle aynen yerine getirdiği durumlar dışında, davacı, hakkının karşılığı olarak, sadece bir miktar para almakla yetinmek zorundaydı. Davalı kararın gereklerine uyup parayı ödemezse, hakkında icra yoluna başvurulurdu¹⁴⁰.

B. Sistem Dışı Yargılama Usulü'nde

İmparator *Augustus* zamanından başlayarak Roma'da ve İtalya yarımadasında, özel yargılama sisteminde uygulanan *formula* usulünün yanında, bazı istisnai durumlarda yeni bir sistem uygulanmaya başlamıştı. Özel Yargılama Sistemi'nden farklı olduğu için bu sisteme Sistem Dışı Yargılama adı verilmişti. Bu usul aslında yeni bir usul değildi. Roma'nın savaşlar sonucunda egemenliği altına alarak, eyalet statüsüne soktuğu ve atadığı valilerle yönettiği ülkelerde, uyuşmazlıkların çözümünde genellikle Sistem Dışı Yargılama uygulanıyordu. Sistem Dışı Yargılama'nın en önemli özelliği, davaları tek aşamada ve devlet memuru yargıçlar tarafından yürütülmesi ve karara bağlanmasıydı. Eyaletlerde imparatorların vekili statüsünde olmaları sebebiyle yetkileri çok geniş olan valiler, davalara baştan

¹⁴⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 308-309; UMUR (Roma), 267-268; BERKİ, 77-81.

sona kadar doğrudan doğruya kendileri yürütüyorlar ve çoğu zaman da bu işi, bu amaçla görevlendirdikleri vekillerine bırakıyorlardı. Roma şehrinde ve İtalya yarımadasında da, İmparator *Augustus* zamanından başlayarak, kanunlarla tespit edilmiş bazı durumlarda, Sistem Dışı Yargılama'nın uygulanmasına izin verilmeye başlanmıştı¹⁴¹.

Sistem dışı yargılama'nın özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanmaya başlaması, sosyo-ekonomik ihtiyaçların sonucu ortaya çıkan yeni ilişkiler nedeniyle oldu. Roma'da avukatlık, doktorluk, öğretmenlik gibi kafa gücünü gerektiren işler çok eski zamanlardan itibaren profesyonel meslek olarak kabul edilmediğinden, bu faaliyetleri yerine getirmenin karşılığında para almak ahlaklı ve erdemli bir davranış olarak kabul edilmiyordu. Bu nedenle *ius civile*'de düzenlenmemiş bu meslekleri yapan kişiler, yaptıkları iş karşılığında normal usul olan özel yargılama sistemi içinde ücret talep edemiyorlardı. Ancak, ekonomik nedenlerle bu işlerin ücret karşılığı yapılması zorunluluğu doğmuştur. Bu durum, bu gibi meslekleri yapan kişilerin ücret isteklerine ilişkin uyuşmazlıkların sistem dışı yargılama usulüyle çözülmesine yol açmıştır. Diğer taraftan, bazı özel durumlarda, yargıcın *formula*'ya bağlı kalmaksızın, daha geniş takdir yetkisine sahip olması gerektiği düşüncesi egemen oldu. Nafaka, vesayet, miras gibi konulara ilişkin ve toplumu yakından ilgilendiren bazı ilişkilerden doğan anlaşmazlıklarda

¹⁴¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 312; BERKİ, 88-92; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 250-251.

bunlara bakacak yargıca daha geniş takdir yetkisi tanıma gereksinmesi duyulmuştur. Daha geniş takdir yetkisinin ise, kişilerin seçecekleri özel bir yargıca tanınması tercih edilmedi. Bu nedenle, bu tarz uyuşmazlıkların devlet memuru statüsündeki yargıçlar tarafından, başından sonuna kadar sistem dışı yargılama usulünce çözülmesi yoluna gidildi. *Principatus* Dönemi süresince, sistem dışı yargılama'ya giren bu durumların sayısı giderek çoğaldı. Ayrıca, kişilere, özel yargılama sistemi ile sistem dışı yargılama arasında seçim yapma olanağı tanınmıştır. Merkezi yönetimin iktidarını sağlamlaştıran bu yeni usulün uygulanması imparatorlar tarafından teşvik edilmiştir. Kişiler de kendilerine sağladığı yararlar nedeniyle bu yeni sistemi daha çok seçmeye başlamışlardır. Bu sistemde artık, kararı kendisi verecek olan *magistra* veya devlet görevlisi yargıç, bir *formula* ile bağlı olmaksızın daha geniş takdir yetkisi kullanabiliyordu. Yine özel yargılama sisteminde olmayan, davacının taleplerine karşı, davalı durumundaki kişinin de talepte bulunabilmesi sağlanmıştır. Ayrıca, mahkumiyet artık, özel yargılama sisteminde olduğunun aksine, sadece paraya ilişkin olmaktan çıkmış, dava sonucu, davacıyı daha çok tatmin eder hale gelmiştir. Son olarak da bu yeni yargılama usulü ile taraflara verilen karara karşı bir üst makamda karşı çıkma ve uyuşmazlığı yeniden inceletme imkanı tanınmıştır¹⁴².

¹⁴² KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 312-313; BERKİ, 89-93; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 251-252.

Bu nedenlerle, Sistem Dışı Yargılama, Özel Yargılama Sistemi'nin *formula* usulünün yanında giderek daha çok uygulanmaya başladı. İmparator *Diocletianus*, M.S. 294 yılında *magistra*'lara, zorunlu olmadıkça uyuşmazlıkları doğrudan doğruya kendilerinin çözümlmelerini, özel yargıçlara göndermemelerini bildirdi. M.S. 342 yılında çıkarılan bir emirname¹⁴³ ile de *formula* usulü dolayısıyla Özel Yargılama Sistemi tamamen uygulamadan kaldırıldı. Bu tarihten itibaren Sistem dışı Yargılama bütün İmparatorluk'ta uygulanan tek usul olmuştur¹⁴⁴.

Sistem Dışı Yargılama yargı organları bakımından ele alındığında, faaliyetleri sonucu özellikle adalet ve hakkaniyeti sağlamaya yönelik hukuk yaratan ve Özel Yargılama Sisteminde (özellikle *formula* usulünde) çok önemli yeri bulunan *praetor*'un önemini yitirdiği görülmektedir. Devletin yargılama fonksiyonunu yerine getirmek için Cumhuriyet Dönemi'nde kurulan *praetor*'luk makamı *Principatus* Dönemi'nin başlarında varlığını sürdürüyordu ve *praetor*'ların yetkileri olduğu gibi duruyordu. Zamanla *praetor*'ların bu yetkileri çeşitli şekillerde sınırlandırmaya başlanmıştır. Bunlardan en önemli ve etkili elbette İmparator *Hadrianus* tarafından yaptırılan *edictum* derlemesinin (*edictum perpetuum*) M.S. 130 yılında yayımlanarak,

¹⁴³ C.2.57.1

¹⁴⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 313; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 252; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 490.

praetor'ların bu dönemden sonra *edictum* metinlerini özgürce hazırlama olanaklarının elinden alınarak, bu *edictum perpetuum*'un her görev yılı başında yayımlama zorunda bırakılmalarıdır. Ayrıca *Principatus* Dönemi'nde, *princeps*'lerin kendilerine bağlı devlet memurları kadrosu kurmaları ve zamanla bu kadroyu Cumhuriyet Dönemi'nde *magistra*'ların görev alanlarını da içine alacak şekilde genişletmeleri, *praetor*'ların yargı alanındaki fonksiyonlarını da etkilemiştir. Bazı davaların görülmesinin *praetor*'ların yetki alanından çıkartılarak, *princeps*'e bağlı devlet memurlarına verilmesi sonucunda *praetor*'lar fonksiyonlarını iyice yitirmeye başlamışlardır. Zamanla *princeps*'e bağlı memurlara gördürülen davaları sayısı artmıştır. Bu fiili duruma rağmen, *praetor*'luk makamı hukuken *Principatus* Dönemi'nin sonuna kadar varlığını sürdürmüştür. Kurduğu yeni idare teşkilatıyla İmparatorluk Dönemi'ni başlatan İmparator *Diocletianus*, yargı fonksiyonu için de yeni bir teşkilat kurmuş ve *praetor*'luk makamını kaldırmıştır. Bu nedenle bu dönemde *praetor*'ların, yeni sosyo-ekonomik koşullar sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıklara, usul hukukunun araçlarını kullanarak, yeni çözümler bularak hukuk yaratma ve bu yolla adalet ve hakkaniyeti sağlama imkanı başlarda kısıtlanmış ve sonra da tamamen ortadan kalkmıştır¹⁴⁵.

Kanımızca Sistem Dışı Yargılama Usulünün, Özel Yargılama Sistemi yerine tercih edilmeye başlaması ve sonuçta tek yargılama usulü olarak

¹⁴⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 313-315; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 252; krş. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN (Yargıç), 97 vd.

kabul edilmesindeki en önemli sebeplerden birisi, İmparatorluk Sistemi ile gelen merkezîyetçi yapının güçlendirilmesi, diğeri ise özel yargılama sistemi'nin yetersiz kalmaya başlaması, verilen kararların adalet ve hakkaniyete aykırı düşmeye başlamasıdır. Çünkü önceki dönemlerde *praetor*'ların faaliyetleri sonucu yaratılan hukuk (*ius praetorium*) adalet (*iustitia*) ve hakkaniyet (*aequitas*)'ı sağlamak için yeterli olurken, değişen sosyo-ekonomik koşullar nedeniyle yetersiz kalmaya başlamıştır. Bunun üzerine bir de *praetor*'ların en önemli hukuk yaratma araçlarından olan *edictum*'ların sınırlandırılması ile, yani İmparator *Hadrianus* tarafından, *praetor*'ların görev yılları başında yayımladıkları *edictum*'ların derlemesinin M.S. 130 yılında "*Edictum Perpetuum*" adı altında yayımlanarak *praetor*'ların bu *edictum* metnini hiçbir değişiklik yapmadan görev yılları başında yayımlamak zorunda bırakılmaları ve bunun sonucunda sosyo-ekonomik ihtiyaçları karşılayacak yeni hukuk yaratamamaları, yargıçlara geniş takdir yetkisi tanıyan Sistem Dışı Yargılama usulünün hızla kabul edilmesine sebep olmuştur. Çünkü bu usulde devlet memuru statüsündeki yargıç, neredeyse tek tip hale gelmiş *formula* adı verilen bir belge ile bağlı değil, daha geniş bir takdir yetkisine sahipti¹⁴⁶.

¹⁴⁶ LEE, 11; KÜÇÜKGÜNGÖR (İspat), 490.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PRAETOR' UN AEQUITAS'I SAĞLAMA YOLLARI VE IUS HONORARIUM

I. *Praetor'un Aequitas'ı* Sağlama Yolları

A. Dava (*Actio*)

1. Kavram

Roma Özel Hukuku'nda *actio*'ların büyük önemi ve özel durumu vardır. Çünkü hakların tanınmasında ve hukuk kurallarının oluşmasında, yani Roma Hukuku'nun gelişmesinde *actio*'lar büyük rol oynamıştır. Roma Hukuku'nun gelişmesi, Roma Usul Hukuku'nun gelişmesine paralel olmuş ve hakların durumu, bu haklar için öngörölmüş Usul Hukuku imkanlarına bağlı kalmıştır¹⁴⁷.

Roma'da Usul Hukuku'nu harekete geçiren araç *actio*'dur. Sevketmek, yönlendirmek, yürütmek anlamlarını taşıyan *agere*'den gelen *actio*, yargı makamlarına, mahkemelere ve *praetor*'a başvurmak anlamındadır¹⁴⁸.

¹⁴⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 297; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 213 dn.8.

¹⁴⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 296; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 213.

Actio (dava), hakkının çiğnendiği kanısında olan kişinin adaleti sağlamakla görevli makamlara başvurarak, hak sahibi olduğunu, bu hakkı kendisine tanıyan hukuk kuralına aykırı davranıldığını ispat etmek ve dolayısıyla öngörölmüş müeyyidelerin uygulanmasını istemek yetkisi, şeklinde tanımlanabilir¹⁴⁹. *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki tanım ise şöyledir:

Ius. Ins. 4.6 pr

Superest, ut de actionibus locuamur. Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.

“Nihayet *actio*'lardan bahsetmemiz gerekiyor. *Actio*, borçlu olunan şeyi, yargıç önünde talep etmek hakkından başka birşey değildir.”

Aynı tanım *Digesta*'da da yer almıştır.

D.44.7.51

Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

“*Actio*, borçlu olunan şeyi, yargıç önünde talep etmek hakkından başka birşey değildir.”

Göröldüğü gibi *actio*, bir şeyin yapılması ya da yapılmamasına ilişkin bir talebin, yargı makamı önünde elde edilmesini sağlayan bir araçtır.

¹⁴⁹ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 296; KÜÇÜKGÜNGÖR (İntifa), 6-7.

2. Davaların Sınıflandırılması

a. Davanın Dayandığı Olgu Bakımından: *Ius Civile* – *Ius Honorarium*

Ius. Ins. 1.2.7

Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est.

“*Praetor*’ların beyannameleri (*edictum*’lar) de önemsiz sayılamayacak bir hukuki güce sahiptiler. Bu beyannamelere genellikle *ius honorarium* adını veririz, çünkü hukuki güçlerini devlet memuriyetlerini (*honores*) idare edenlerden, yani *magistra*’dan alırlar. *Aedilis curulis*’ler de bazı konularda beyannemeler yayınlarlardı ki, bunlarda *ius honorarium*’un bir kısmını oluşturur.”

Dava türleri içinde konumuzu en çok ilgilendiren ayırım budur. Çünkü, çalışmanın konusunu oluşturan hakkaniyet (*aequitas*) kavramının pozitif hukukta yer bulmaya başladığı, *praetor*’ların faaliyetleri sonucu ortaya çıkan *ius honorarium* veya *ius praetorium* hakkaniyete uygun olmayan kararların önüne geçmek amacıyla oluşturulmuştu. Roma Hukuku’nda, özellikle ilk dönemlerde, bazı davalar *ius civile*’ce tanınmışlardı. Bu davaların *formula*’larının *intentio* bölümünde yer alan iddia, *ius civile*’nin tanıdığı bir hakka dayanmaktadır. Bu durumda, *ius civile* davalarından söz edilir ve

intentio'nun, "*in ius concepta*" olduğu (yani *ius civile*'nin tanıdığı bir hakka dayandığı) söylenir¹⁵⁰.

Gai. Ins. 4. 45

Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas uocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut profure damnum decidi oportere; sunt et aliae, in quibus iuris ciuilis intentio est.

"*Ius civile* tarafından tanınan bir hak üzerindeki çekişme için yapılan *formula*'lara *in ius concepta* hakka dayanan denir. Örneğin, bir malın *quirites* hukukuna göre bize ait olduğunu, veya bize verilmesi yükümlülüğü bulunduğunu ya da hırsızlık nedeniyle zararımız olduğunu iddia ettiğimiz durumlarda olduğu gibi."

Praetor'ların *ius civile*'nin öngörmediği bir takım durumları hakkaniyet gereği bir dava ile koruma yetkisi kazandıklarına daha önce de değinmiştik. *Praetor*'ların tanıdığı bu davaların *formula*'larının *intentio* bölümünde, *ius civile*'nin koruduğu bir hak olmadığından, sadece *praetor*'un korunmasına uygun bulunduğu olgu (*factum*)'dan söz ediliyordu. Bu nedenle de, *praetor*

¹⁵⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 340; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 242.

davalarının *intentio*'larının *in factum concepta* (olguya, vakaya dayalı) olduğu söylenir¹⁵¹.

Gai. Ins. 4. 46

Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea uerba, per quae iudici damnandi absoluendique potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius uocauit. nam in ea ita est: RECUPERATORES SVNTO. SI PARET ILLVM PATRONVM AB ILLO [PATRONO] LIBERTO CONTRA EDICTVM ILLIVS PRAETORIS IN IVS VOCATVM ESSE, RECUPERATORES, ILLVM LIBERTVM ILLI PATRONO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNATE. SI NON PARET, ABSOLVITE. ceterae quoque formulae, quae sub titulo DE IN IVS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt, uelut aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit; item contra eum, qui ui exemerit eum, qui in ius uocaretur; et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.

¹⁵¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 340; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 242; KÜÇÜKGÜNGÖR (Vedia), 31; SCHWARZ (Çev.: RADO), 300.

“*In factum concepta* olaya dayanan, dediğimiz diğer bazı *formula*’larda, *intentio* kısmı *in ius* davalarındaki gibi olmayıp, baş tarafında, gerçekleşmiş olan olay açıklanır, daha sonra da, yargıca, davalıyı mahkum etmesi ya da beraat ettirmesi için yetki veren sözler eklenirdi. *Praetor*’un beyannamesindeki hükme aykırı olarak, efendisini *magistra* önüne davet eden azatlıya karşı, efendinin kullandığı *formula* bu şekildedir; *recuperatores* olsunlar. Bu efendi, azatlısı tarafından, *praetor*’un beyannamesinin aksine, *magistra* önüne davet edilmişse, ey yargıçlar, bu azatlıyı efendisine onbin *sesterz* ödemeye mahkum edin, ispatlanamazsa beraat ettirin.”

Bu davalardan bazen kısaca “*actio in factum*” olarak da söz edilmektedir. Bunun yanında *praetor*’lar bazen de *ius civile*’nin tanıdığı bir davanın uygulama alanını genişleterek koruyabiliyorlardı. Burada, belli ve dar bir çerçeve içinde uygulanan *ius civile* davalarının kıyas yoluyla benzer durumları içine alacak şekilde genişletilmeleri söz konusudur. *Praetor*’ların tanıdığı bu tip davalara ise “*actio utilis*” adı verilir. Başka bazı durumlarda da, *praetor*’lar, *ius civile*’nin öngördüğü bir durum için tanıdığı bir davayı, o durumu yaratan koşullardan birisinin eksik olduğu durumlarda da, sanki o koşul varmışçasına uyguluyorlardı. Bu durumda ise, *praetor*’ların tanıdığı

davalardan, “*actio ficticia*” (faraziyeye, varsayıma dayanan dava) olarak söz edilir¹⁵².

Praetor’lar, kendilerine getirilen hukuki uyuşmazlıklarda öne sürülen ve *ius civile*’ce bir davaya bağlanmamış olan hak iddiaları için, uygun bulurlarsa, bir dava olanağı tanıyabiliyorlardı. *Praetor* tarafından tanınan bu davalara, onları “*actio in ius*” dan ayırmak için “*actio in factum*” adı veriliyordu. Bu davaların tam adı “*actio in factum conceptae*” idi. *Ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığından *ius civile*’ye göre davası olmayan, fakat *praetor*’un, korunmasını hakkaniyete uygun bulduğu için bir *formula*’nın *intentio*’suna ekleyerek bahsettiği bir olaya dayanan *praetor* davaları¹⁵³

¹⁵² KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 302; UMUR (Roma), 259-261; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 38-39, 124; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 242.

¹⁵³ PUGSLEY, 91-98; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 107; MACKINTOSH, 38-39. Aynı dava farklı açılardan sınıflandırıldığı zaman *Actio Honorariae* ve *Actio Praetoriae* adları ile anılmaktadır.

Actio Honorariae: *Ius civile* tarafından tanınmamış olan bazı ilişkileri, hukuken korumak için *magistra*’ların ve özellikle *praetor*’ların tanıdığı oldukları davalara verilen isim.

Actio Praetoriae: *Actio honorariae* içinde en önemli kısmı oluşturan *praetor* davaları. Yargılama ile görevli, *imperium*’a sahip büyük *magistra* olması nedeniyle, *praetor*’un tanıdığı davalar, *actio honorariae*’nin, birkaç

olarak nitelendirilmektedir. Bu tür davalarda hakim, o olayın doğruluğunu tespit edebildiği takdirde, davalıyı mahkum ederdi¹⁵⁴.

Gai. Ins. 4. 46

Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea uerba...

“*In factum concepta* dediğimiz bazı *formula*’larda *intentio*, öncekilerle aynı değildir. Bu *formula*’ların başında ortaya çıkmış olaylar anlatılır ve bunlara hakimin mahkum etmesi ya da beraat ettirmesi için yetki tanıyan kelimeler eklenir...”

istisna dışında tamamını kapsamaktaydılar. Genellikle *ius civile* tarafından tanınmamış olan ilişkileri yaptırma bağlamak için, her sene iş başına gelen *praetor*, hangi ilişkilerde dava hakkı tanıyacağını, *edictum perpetuum*’unda ilan ederdi. (UMUR (Lügat), 16.)

Actio Aediliciae: *Aedilis curulis*’ler tarafından pazar yerlerinde, köle ve at alım satımlarındaki maddi ayıplar dolayısıyla konmuş olan davalara verilen isimdir. Bunlar *actio honorariae*’ye dahil idiler. *Actio praetoriae*’ye dahil olmayan diğer *magistra*’lardan *aedilis curules*’ler tarafından tanınan dava türlerindedir. *Actio honorariae*’ye dahil olup *actio praetoriae*’ye dahil olmayan grup içinde yer almaktadırlar. (*actio quanti minoris*, *actio redhibitoria*) (UMUR (Lügat), 13.)

¹⁵⁴ UMUR, (Lügat), 15; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 124.

*Praetor*ların koruma yollarından birisi olan *actio*'lara (davalara) bir diğör örnek ise “*actio in bonum et aequum conceptae*” adını alan *praetor* davalarıydı. Bunlarda, *formula*'ların *condemnatio* kısmında, hakime davalıyı, hakkaniyetin gerektirdiğı şekilde mahkum etmesi emri bulunan *praetor* davalarıydı¹⁵⁵.

Actio in bonum et aequum conceptae'nin, *iudicia bonae fidei*'den (hüsnüniyet davaları) farklı bir grup olup olmadıkları tam olarak anlaşılamamaktadır. *Iudicia bonae fidei* (hüsnüniyet davaları), *formula*'ların *intentio* kısmında “*ex fide bona*”, yani “hüsnüniyetin icabına göre” kelimeleri bulunan ve hakime, hal ve durumun icabına göre hakkaniyete uyulabilmesi için, sözleşme (*contractus*) ile birlikte yapılan *pactum*'ları da dikkate alarak geniş bir takdir imkanı bırakan *actio in ius* yani şahsi davalardır. *Iustinianus* döneminde hemen hemen bütün davalar bu nitelikteydi¹⁵⁶.

Ius. Ins. 4. 6. 28

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato

¹⁵⁵ UMUR (Lügat), 15.

¹⁵⁶ RADO (Borçlar), 51; UMUR (Lügat), 96; VAN ZYL (Greek and Roman), 130.

proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.

“Bundan başka, bazı davalar iyiniyet (*bona fides*) ve bazıları dar hukuk (*strictum ius*) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: alım satım, *locatio conductio*, vekaletsiz iş görme, vekalet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke taksimi, müşterek mal taksimi, mirasa ilişkin istihkak davalarıyla *aestimatum*’dan ve trampa’dan doğan *praescriptis verbis* davası. Her ne kadar mirasa ilişkin istihkak davasının, bu ana kadar, iyiniyet davalarından olup olmadığı konusu pek açık değil idiyse de, bir emirnamemiz, bunu da açıkça iyiniyet davaları arasına koymaktadır.”

Praetor’ların hakkaniyeti sağlamaya yönelik yarattıkları bir diğer dava türü de “*actio utilis*” idi. *Actio utilis*, mevcut olan bir *ius civile* davasının veya bazen de bir *praetor* davasının, uygulama alanını genişletmek için, genellikle *intentio*’ya bir *fictio* (faraziye) ekleyerek, *praetor*’un yarattığı dava türüdür¹⁵⁷. Bu davaya örnek metni *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde bulmak mümkündür.

¹⁵⁷ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 242; BUCKLAND (Equity), 7; BUCKLAND (Manuel), 8.

Ius. Ins. 2. 23. 4

Et in Neronis quidem temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est. quo cautum est ut, si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur cui ex fideicommissio restituta esset hereditas. post quod senatusconsultum praetor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

“Neron zamanında, *Trebellus Maximus* ile *Annaeus Seneca* consul iken, bir *senatus consultum* yapıldı; buna göre, eğer terekeyi *fideicommissum* sebebiyle iade etmek gerekiyorsa, *ius civile*'ye göre mirasçının lehine ve aleyhine mevcut olan bütün davalar, *fideicommissum* gereğince terekeyi alana geçerler. Bu *senatus consultum*'dan sonra *praetor*, mirasçının leh ve aleyhine olduğu gibi, kendisine tereke iade edilen kişinin de leh ve aleyhine *utilis* davalar tanıdı.”

Örneğin, *praetor*'un koruma araçlarından olan *actio*'lar, özel hukukta şeikle karşı iradeye üstünlük tanınması yoluyla, hatanın da içinde bulunduğu irade bozukluklarının olumsuz sonuçlarını düzelterek hakkaniyeti sağlama

amacına önemli katkılarda bulunmuştur¹⁵⁸. Bu duruma ilişkin bir örneği *Digesta*'dan verebiliriz.

D.14.3.13.pr

Habebat quis servum merci oleariae praepositum arelatae, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen iulianus utilem ei actionem competere ait.

“Bir kişi, bir köleyi *Arles*'de bir yağ işini idare etmesi için tayin etmiş ve ona iş için ödünç para almasını emretmiş. Köle para borç aldı (ancak bunu kendisine aldı.) Borç veren paranın iş için alındığını düşünerek, idarecinin davranışı için dava açtı. Ancak bunun bir iş ödöncü olduğunu ispatlayamadı. Bu onun iddialarını sona erdirdi. Böylece adamın ödünç para almak için tayin edildiğine dayanarak yeni bir dava açamadı, ama *Iulianus* buna rağmen, bir *actio utilis* açmalıdır dedi.”

Actio utilis'in bir alt türü olan davalardan “*actio ficticiae*” konumuz açısından önem arz etmektedir. *Actio ficticiae*, *praetor*'un, herhangi bir ilişkiyi

¹⁵⁸ ÖZSUNAR, 70.

koruyan bir *ius civile* davasının *formula*'sı içinde, *ius civile* tarafından korunması için bulunması gereken, fakat olayda bulunmayan bir unsur, var farz ederek (*fictio*) dahil etmek suretiyle oluşturduğu *utiles* davaların bir türüdür. Bu şekilde *praetor*, *ius civile* davasını, bir unsur eksik olduğu için korunamayan yeni bir olaya teşmil ederek onu koruyabilmekteydi¹⁵⁹.

b. Dava Konusu Hakkın Niteliği Bakımından: *Actio in Rem* – *Actio in Personam* (Ayni Davalar-Şahsi Davalar)

Konumuzla doğrudan bağlantılı olmayan bu sınıflandırma, dava konusu olan hakkın niteliğine göre yapılmıştır. *Actio in rem*, ayni hak iddialarında söz konusu olurlar. Ayni haklar herkese karşı ileri sürülebilen haklar olduklarından, bu davalara ilişkin *formula*'ların *intentio*'larında sadece ayni hak iddiasında bulunan kişinin adı yer alır¹⁶⁰.

Ius. Ins. 4.6.1

Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de qua re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu

¹⁵⁹ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 242-243; MOYLE, 30; MACKINTOSH, 37-38.

¹⁶⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 303; UMUR (Roma), 261-262; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 243.

vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditae actiones in rem sunt. veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

“Hakimler veya hakemler huzuruna getirilmiş herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin bütün davalar bir ana sınıflandırmayla iki türe ayrılır: ya aynidirler (*in rem*) ya şahsidirler (*in personam*). Gerçekten bir kişi ya kendisine bir sözleşme ya da bir haksız fiil sonucunda borçlu olan kişiye karşı dava açar ki, bu durumda açılan davalar şahsidir ve bundan, davalı olan kişinin ona bir şey vermek, bir şey yapmak veya buna benzer şeyler borcu altında olduğu anlaşılır; ya da kendisine hiçbir şey borçlu olmadığı halde, bir kişiye herhangi bir mal üzerinde çıkmış bir uyuşmazlıktan dolayı dava açar, bu takdirde açılan davalar aynidir. Örneğin, bir kişi maddi bir şeyin zilyedyken, *Titius* o şeyin kendisine ait olduğunu beyan etse ve zilyet de malikin kendisi olduğunu söylese: *Titius*'un bu kanaatinden kaynaklanan dava, aynı bir davadır.”

Dava konusu olan iddia bir şahsi hakka dayanıyorsa, *actio in personam* söz konusu olur. Şahsi hakların kişiler arasındaki hukuki

ilişkilerden doğduğunu ve bu nedenle de ancak kendileriyle hukuki ilişki içinde bulunan kişilere karşı ileri sürülebildiklerinden, bunu *formula*'sının *intentio* kısmında, hem şahsi hak iddiasında bulunan kişinin hem de bu hakkın kendisine karşı ileri sürüldüğü kişinin adının belirtilmesi gerekir¹⁶¹.

**c. Fiili Olgulara ve Hukuki Esaslara Sıkı Sıkıya Bağlı Olup Olmaması
Bakımından: *Iudicia Stricti Iuris* – *Iudicia Bonae Fidei* (Dar Hukuk
Davaları - İyiniyet Davaları)**

Bu konuyla ilgili önemli metinlerden biri *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer almaktadır.

Ius. Ins. 4.28

Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.

¹⁶¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 303; UMUR (Roma), 261-262; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 243.

“Bazı davalar iyiniyet (*bona fides*) ve bazıları dar hukuk (*strictum ius*) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardı: alım satım, *locatio conductio*, vekaletsiz iş görme, vekalet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke taksimi, müşterek mal taksimi, mirasa ilişkin istihkak davalarıyla, *aestimatum*’dan ve trampa’dan doğan *praescriptis verbis* davası. Her ne kadar mirasa ilişkin istihkak davasının, bu ana kadar, iyiniyet davalarından olup olmadığı konusu pek açık değil idiyse de, bir emirnamemiz, bunu da açıkça iyiniyet davaları arasına koymaktadır.”

Bu sınıflandırma doğrudan çalışmamızın konusunu ilgilendiren ve *praetor*’ların faaliyetleri sonucu ortaya çıkan bir ayrımdır. Dar hukuk davaları (*iudicia stricti iuris*), fiili olgulara ve hukuki esaslara sıkı sıkıya bağlı davalarıdır. *Ius civile*’nin tanıdığı bütün davalar başlangıçta bu nitelikteydi. Ancak giderek *praetor*’ların faaliyeti sonunda bazı *ius civile* davaları, hüsnüniyet davaları (*iudicia bonae fidei*) niteliğini kazanmıştır. Dar hukuk davalarında yargıç, *formula*’da saptanmış olan esaslara sıkı sıkıya bağlıydı. Oysa *praetor* bazı dava *formula*’larının, *intentio* bölümüne “iyiniyet neyi gerektiriyorsa” kaydını koyuyordu. Böylece yargıç iyiniyet davası niteliğini

kazanan bu davalarda “iyiniyetin gereklerine göre“ karar verme olanağına kavuştuğundan takdir yetkisine sahip oluyordu¹⁶².

Ius. Ins. 4.6.30

In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat.

“İyiniyet davalarında, davacıya ne miktar iade edileceği konusunda hakime, iyiniyet ve hakkaniyet icabı serbestçe takdir yetkisi verildiği kabul olunur.”

Zamanla bu davaların sayısı arttı. Bunun sebebi *ius civile*'nin katı yapısının günlük hayat ve ticari hayatın gerisinde kalması, hakkaniyet ve adalete aykırı durumlar doğurmasıydı. *Iustinianus* zamanında ise birçok dava hüsünüyet davası niteliğini kazandı. Ancak *Iustinianus* zamanında bile tüm borçlar hukuku davaları hüsünüyet davası niteliğini kazanamadılar. Bazı sözleşmelerden (örneğin ödünç sözleşmesi) doğan uyuşmazlıklar dar hukuk davaları ile görülmeye devam etti¹⁶³.

¹⁶² KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 303; UMUR (Roma), 261-262; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 243-244.

¹⁶³ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 303-304; UMUR (Roma), 262-263; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 243-244.

d. *Actiones Arbitrariae* (Seçimlik hak tanıyan davalar)

Formula usulünde davalının mahkumiyetinin mutlaka bir miktar paraya ilişkin olacağı kuralı geçerliydi. Bu zorunluluğun kaldırılması amacıyla, *formula*'ya bir kayıt konması usulü yerleşmiştir. Bu kayıt, yargıcın davalıyı malı aynen iadeye davet etmesi, davalı malı geri vermezse, o zaman söz konusu malın bedelini ödemeye mahkum etmesi biçimindedir. Yargıç *formula*'sı bu içeren davada, davalıyı malı aynen iadeye davet eder. Ancak davalı bu davete uymak zorunda değildir. Bu durumda iade etmesi gereken malın, davacı tarafından yemin edilerek saptanan bedelini ödemeye mahkum edilir. Bu nedenle de çoğu kez, davalı malı iade etmeyi daha uygun bulurdu. Böyle bir kayıt içeren davalara "*actiones arbitrariae*" denmesinin sebebi, davalıya bu kayıt ile dava konusu malı geri vermek ya da onun takdir edilen bedelini ödemeye mahkum edilmeyi kabul etmek arasında seçimlik (seçme=*arbitrium*) hak tanınmasıdır¹⁶⁴.

Ius. Ins. 4. 6. 31

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur.

¹⁶⁴ UMUR (Roma), 263; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 304; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 245.

in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.

“ Bundan başka, hakimin emrine uyulması gereken ve *actiones arbitrariae* adını verdiğimiz davalarda davalı, örneğin bir şeyin iadesi, ortaya çıkarılması veya borcu ifa etmesi veya *noxal* sorumluluk gereği bir kölenin verilmesi konusunda hakimin verdiği emre uymaz ve davacıyı tatmin etmezse, o zaman mahkum edilmesi gerekir. Bu davalar şahsi ve ayni olabilir. Örneğin bu bağlamda, *actio publiciana*, *colonus*'ların mallarına ilişkin *actio serviana*, ayni davalardandır: buna karşın örneğin, ikrah ve hile sebebiyle veya belirli bir yerde verileceği vaad edilmiş olan şeyin talep edilmesi konusuna ilişkin olanlar ise, şahsi davalardır. *Actio ad exhibendum* (bir şeyi ortaya çıkarma davası) da hakimin emrine bağlıdır. Bu ve benzeri davalarda hakime, söz konusu şeyin içeriğine göre ve hakkaniyete uygun olarak, davacının ne şekilde tatmin edilmesi gerektiğini takdir etme imkanı verilir. “

B. Davalara karşı def'i (*Exceptio*)

1. Kavram

Def'i, *praetor* tarafından davalı tarafa tanınan ve *formula* usulünde ortaya çıkmış olan savunma araçlarındandır. Burada davalı davacının iddiasını kabul etmekle birlikte, mahkumiyeti önleyecek bir olayı ileri sürmektedir¹⁶⁵.

Gai. Ins. 4.108

Alia causa fuit olim legis actionum...nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

"Bu *legis actio*'larda olandan başka bir durumdur. Şimdi olduğu gibi *legis actio*'larda *exceptio* yoktu."

Praetor, *ius civile*'nin bir davaya bağladığı bir hak iddiası karşısında iddia sahibinin dava açma olanağını elinden alamazdı; ama karşı tarafı dinledikten sonra bu davanın açılmasını haksız, adalete ve hakkaniyete aykırı bulursa, dava edilene karşı iddiasını bir def'i şeklinde öne sürmek hakkını verirdi. Böylece, davalı öne sürdüğü def'iyi ispat edebilirse, yargıç tarafından beraat ettirilmesi gerekirdi. Sonuç olarak, *ius civile*'nin tanıdığı bir

¹⁶⁵ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 234-235; WOLFF, 76.

dava, *praetor*'un davalı'ya verdiği bir def'i ileri sürme olanağı ile etkisiz bırakılabiliyordu¹⁶⁶.

Gai. Ins. 4.116

Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure ciuili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. uelut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numerauerim. nam eam pecuniam a te peti posse certum est. dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conuento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conuenti repelli.

“Def’iler, davalıların kendilerini savunabilmeleri için tanınmışlardır. Çünkü bazen, *ius civile*'ye göre, sorumlu tutulabilecek kişilerin, böyle bir yükümlülük altına alınması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, karz olarak vereceğim bir parayı geri vermen için, seni sözlü bir

¹⁶⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 107-108; UMUR (Roma), 90; WOLFF, 77; MACKINTOSH, 38.

sözleşmeyle yükümlülük altına soksam ve sonra sana karzı vermemiş olsam, bu paranın sözlü sözleşmeye dayanarak senden istenebileceğine şüphe yoktur. Ancak, bu yüzden mahkum edilmen, hakkaniyete aykırı olacağından, senin *exceptio doli mali* def'i ile korunman gerektiği kabul edilmiştir. Aynı şekilde, seninle yapmış olduğumuz bir *pactum*'a göre, bana borçlu olduğun şeyi senden isteyemeyeceğimi kararlaştırmış olsak bile, bir borç ilişkisi, bir anlaşma- *pactum conventum* ile ortadan kaldırılamayacağından, bana borçlu olduğun şeyi yine senden isteyebilirim. Fakat sana karşı ileri süreceğim talebin, anlaşma def'i (*exceptio pacti conventi*) ile reddedileceği kabul edilmiştir.

Exceptio (def'i), praetor tarafından oluşturulan ve *formula* usulünde, *formula*'nın içine, *intentio* ile *condemnatio* arasına eklenen, davalı lehine şartlı bir cümledir. Bununla, davacının iddiası reddedilmemekle birlikte, davalının mahkumiyeti, def'i ile ileri sürülen olayın mevcut olup olmamasına bağlanmaktaydı¹⁶⁷.

Sistem dışı yargılamada (*cognitio extra ordinem*), *formula* usulünde olduğundan farklı olarak; def'iler, davalının mutlaka beraat etmesini

¹⁶⁷ UMUR (Lügat), 66; WOLFF, 77; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 235.

sağlamayıp, karar üzerinde etki edebilirler ve hakim tarafından göz önünde tutulurlardı¹⁶⁸.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde de *exceptio* tanınacak durumlara ilişkin örnekler verilmiştir.

Ius.Ins.4.13.1

Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est, iure civili te obligatum esse, et actio qua intenditur dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari, ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali aut in factum composita ad impugnandam actionem.

“Örneğin, ikrah (*metus*) etkisinde, hile (*dolus*)’a sevk edilerek, veya hata (*error*) sonucu, *Titius*’a vaad etmen gerekmeyen bir şeyi vaad etmişsen, *ius civile*’ye göre borçlu olduğun açıktır ve vermeye borçlu olduğun şeklinde açılan dava geçerlidir. Fakat seni mahkum etmek haksızlıktır. Bu nedenle sana, davaya karşı gelebilmen için, bir ikrah def’i (*exceptio metus*), bir hile def’i (*exceptio doli*) veya *in factum* düzenlenmiş bir def’i verilir.”

¹⁶⁸ UMUR (Lügat), 66; WOLFF, 77.

Yine *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde def'i ile korumaya ilişkin bir metin yer almaktadır. Bu metinde bu anılan olayda hangi şartlar altında def'i tanınıp hangi şartlar altında tanınmaması gerektiği belirtilmiştir.

D.2.11.4.5

Item quaeritur, si quis, cum iudicio sistendi causa satisdare non deberet, satisdato promiserit, an fideiussoribus eius exceptio detur. puto interesse, utrum per errorem satisdato promissum est an ex conventione: si per errorem, dandam fideiussoribus exceptionem: si ex conventione, minime dandam. nam et iulianus scribit, si iudicio sistendi causa plaris quam statutum est per ignorantiam promissum fuerit, exceptionem dari debere: si autem ex conventione tantae summae promissio facta sit, exceptionem pacti conventi replicatione infirmandam iulianus ait.

“Soru, mahkemede bulunmak için teminat vermesi gerekmeyen ve kefilleriyle sözleşmiş bir kişinin kefillerine bir def'i verilirse de sorulur. Bunu, kefilleri aracılığıyla hata ile mi, yoksa bir anlaşmaya uygun olarak söz verip vermediği ile ilgili olduğunu düşünüyorum. Eğer hata ile ise, def'i kefillere verilecektir. Aksi takdirde verilmeyecektir. *Iulianus*'un yazdığına göre, mahkemede gözükme sırasında ileri sürülenden daha fazlasına, bilgisizlik nedeniyle söz verilmişse bir def'i verilmelidir. Ancak böyle bir miktara bir anlaşma

uyarınca, söz verilmemişse def'i anlaşmaya dayanan bir cevapla hükümsüz kılınır.”

Yine *praetor*'un def'i tanımak suretiyle korunmasının hakkaniyet gereği olduğu bir duruma ilişkin örnek *Digesta*'dan verilebilir. Bu metinde, hata veya bilgisizlik nedeniyle, *Praetor*'un tanıdığı *exceptio*, aile evlatlarına karz olarak para verilmesini yasaklayan *Senatus Consultum Macedonianum*¹⁶⁹,un uygulanmayacağı durumlar arasında, hata veya bilgisizlik sonucunda bir aile evladının (*alieni iuris*), aile reisi (*pater familias*) sanılması durumu ile ilgilidir.

D.14.6.3.pr

Si quis patrem familias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum.

“*Senatus Consultum*, borç verenin borç alanın bir aile babası (*pater familias*) olduğuna inandığı durumlarda uygulanmaz. Bu inancın hoş görülmeyen bir bilgisizlikle olmadığı, borçlananın

¹⁶⁹ *Senatus Consultum Macedonianum*: Aile evlatlarına karz olarak para verilmesini yasaklayan *senatus* kararı. Borçlarını ödeyebilmek için aile reisini öldürdüğü söylenen bir aile evladı yüzünden çıktığı söylenen bu karar, *praetor*'un tanıdığı bir *exceptio* ile yürütülmekteydi. (UMUR (Lügat), 194.)

görünüŖü, ünü, işi ya da toplum yaşamındaki yerine dayanan nedenlerle olması durumunda yukarıdaki kural geçerlidir.”

Bu senatus kararı *praetor*'un tanıdığı bir *exceptio* ile yürütölmekteydi¹⁷⁰.

Def'i (*exceptio*), usul hukukunda büyük bir yenilikti. Çünkü, *praetor* bu yolla yasak koyan ve *ius civile*'ye dahil sayılan kanunların (*lex praetoria*, *senatus consultum macedonianum*) uygulamalarını sağlamaktaydı. Ayrıca hakkaniyet (*aequitas*) ve dürüstlüğün (*bona fides*) hukuku etkilemesini sağlamaktaydı¹⁷¹.

Praetor'ların tanıdığı def'ilerin en önemlisi *exceptio doli* (hile def'i) idi. Bu da, *exceptio doli generalis* ve *exceptio doli specialis* olarak ikiye ayrılmıştı. *Exceptio doli specialis*, dar anlamda hile def'i idi ve sözleşmenin yapılması sırasındaki hileye dayanmaktaydı¹⁷².

Exceptio doli generalis ise, açılan davanın dürüstlüğe (*bona fides*), hakkaniyete (*aequitas*) aykırı görülmesi halinde, *praetor* tarafından tanınıyordu. *Ius civile*'ye uygun olan bir mahkumiyet kararı hakkaniyete aykırı

¹⁷⁰ ÖZSUNAR, 68.

¹⁷¹ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 235-236.

¹⁷² TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 236.

olabilir. Bu durumda, davacının iddiası doğru bile olsa, davalıyı beraat ettirmek hakkaniyet gereğidir¹⁷³.

2. Def'ilerin Sınıflandırılması

a. *Exceptiones Civiles – Exceptiones Honorariae*

Def'ilerin de *actio*'lar gibi *exceptiones civiles* ve *exceptiones honorariae* şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutulması da mümkündür. Gerçi böyle bir sınıflandırmaya kaynaklarda fazla rastlanılmamaktadır. Çünkü def'iler *honorariae* karakterlidir ve *formula* döneminde ortaya çıkmıştır. *Legis actio*'lar döneminde yer almamaktaydılar. *Praetor*'larca tanınan def'iler sayesinde, davalının haksız yere mahkum edilmesi önlenmektedir. Bilinen tek *ius civile* kaynaklı def'i ise *exceptio iusti domini*¹⁷⁴ olarak düşünülmektedir¹⁷⁵.

¹⁷³ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 236. Ayrıca ilgili metin için bkz. *Gai.Ins.4.116*.

¹⁷⁴ *Exceptio iusti domini*: Bir *praetor* mülkiyeti sahibinin veya iyiniyetli zilyedin açtığı *actio publiciana in rem*'e karşı, *ius civile* mülkiyeti sahibinin ileri sürdüğü def'idir. (UMUR (Lügat), 67.)

¹⁷⁵ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 57; STEIN, 54-55.

b. *Exceptio in Rem-Exceptio in Personam*

Exceptio in rem (ayni def'i) - *Exceptio in personam* (şahsi def'i) sınıflandırması da Klasik Hukuk Dönemi'nde pek bilinmeyen bir sınıflandırmadır. Örneğin, *exceptio metus* ayni nitelikte bir def'i olarak kabul edilir, çünkü davalının isminin belirtilmesine gerek yoktur. Buna karşılık, *exceptio doli* bir şahsi def'idir, çünkü burada davalının isminin belirtilmesi zorunludur¹⁷⁶.

c. *Exceptio Perpetua-Exceptio Temporales*

Def'iler ayrıca, devamlı (*perpetua*) ve geçici (*temporales*) olmak üzere iki çeşittirler. Devamlı def'iler, davanın ne zaman açıldığı dikkate alınmaksızın, davalı tarafından, her zaman davacıya karşı ileri sürülebilen def'ilerdir. Geçici def'iler ise, ancak belli bir süre içinde açılan davalarda kullanılan ya da belli kişilere karşı ileri sürülebilen def'ilerdir¹⁷⁷.

Gai. Ins. 4.120

Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae.

“Def'iler,sürekli ve geçici olarak ikiye ayrılır.”

¹⁷⁶ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 57.

¹⁷⁷ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 56-57.

Gai. Ins. 4.121

Peremptoriae sunt, quae perpetuo ualent nec euitari possunt, uelut quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusue consultum factum est aut quod res iudicata est uel in iudicium deducta est, item pacti conuenti, quod factum est, ne omnino pecunia peteretur.

“*Exceptiones peremptores* ve *exceptiones temporales* adı verilen bu def’ileri, davalı, savunmasında kullanabilir. Sürekli def’iler, her zaman ileri sürülebilen def’ilerdir. Bunların belli bir zaman içinde kullanılma zorunluluğu yoktur.”

Gai. Ins. 4.122

Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus ualent, ueluti illius pacti conuenti, quod factum est uerbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. cui similis exceptio est litis diuiduae et rei residuae.

“Kesin hüküm bulunmasına rağmen, davacı tekrar dava açarsa, davalı ona karşı belli bir süre sınırlaması olmaksızın sürekli def’ileri ileri sürebilir. Geçici def’ilerin ise, belli bir süre içinde kullanılması gerekir.”

C. Eski hale getirme (*Restitutio in integrum*)

1. Kavram

Bu *praetor* tarafından uygulanan *status quo ante*'nin (eski duruma döndürme) teknik adıdır. Yani pratikte eğer kendisine belirli bir hukuki işlem uygulanmamış olsa veya haklarına zarar veren bir olay vuku bulmuş olmasa bu duruma düşmeyecek olan bir kişinin haline döndürmedir¹⁷⁸.

Bazı durumlarda *praetor, ius civile*'ye göre geçerli bir biçimde yapılmış olmakla beraber, sonuçları hakkaniyet ve adalete uygun bulunmayan hukuki fiil ya da işlemleri, bu fiil ya da işlemde zarar gören kişilerin başvuruları üzerine, olmamış, yapılmamış sayabiliyordu¹⁷⁹. *Extraordinarium auxilium* adı verilen bu olağandışı çare, *praetor*'un hakkaniyet düşüncesine dayanarak tanınmıştır. Birçok durumda, *in integrum restitutio, praetor*'un beyannamesine eklenir. Beyannamenin içinde “*de in integrum restitutionibus* (eski hale iadeye ilişkin)” başlıklı bir bölüm vardır. Ancak bu çözüm yolu söz konusu bölümde belirtilmemiş olsa bile tanınabilir. Eski hale iadenin Roma'da uygulama alanı çok geniştir. Hata, hile, ikrah etkisi altında yapılan işlemlerde,

¹⁷⁸ BUCKLAND (Equity), 31; BERKİ, 84.

¹⁷⁹ UMUR (Roma), 90; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 108; BERKİ, 84; WOLFF, 74-75; MACKINTOSH, 39-40; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 249-250.

küçüğün yaptığı işlemlerde ya da sonradan *capitis deminutio*'ya çarptırılmış kişilerin işlemlerinde, alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yapılan hukuki işlemlerde bu hukuksal çarenin kullanıldığını görmekteyiz¹⁸⁰. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inden bu koruma yolunun ne gibi bir durumda uygulandığına ilişkin bir örnek verilebilir.

Ius. Ins. 4.6.33 pr.

Si quis agens in intentione sua plus complexas fuerit, quam ad eum pertinet, causa cadebat, id est rem admittebat, nec facile in integrum a praetore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur si lapsus iuventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam maiori viginti quinque annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit aut quibusdam aliis legata deta sint, quae efficiebant ut plus petisse videretur petitor

¹⁸⁰ DI MARZO, 139-140; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, 225; BUCKLAND (Equity), 31-33; STEIN (Character), 41; WOLFF, 74-75; JOLOWICZ/NICHOLAS, 99; BUCKLAND (Manuel), 409-410; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 44; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 250.

quam dodrantem, ad quem ideo lege Falcidia legata minuebantur.

“Eğer dava açan kişinin *intentio*'daki talebi, talep etmeye hakkı olandan fazla ise, davası düşer yani davayı kaybederdi ve *praetor*, davacının 25 yaşından küçük olması durumu dışında, eski hale getirme (*in integrum restitutio*) imkanını kolay kolay vermezdi. Ancak 25 yaşından küçük olana, gençliği sebebiyle yanılmışsa, diğer *causa cognita* davalarında yardım edildiği gibi, bu durumda da yardım edilmesi genel uygulamaydı. Bununla beraber, ortaya çıkmış olan hata sebebi, en dikkatli bir kişinin bile düşebileceği kadar haklı bir sebep idiyse, 25 yaşını geçmiş olan kişiye de yardım edilirdi: örneğin bir kişi, muayyen mal olarak vasiyet edilen miktarın tamamını talep etmiş olsa ve sonradan vasiyetnameye yapılan eklemeler (*codicilli*) açılınca, vasiyetin bir kısmının kaldırıldığını veya başka kişilere terk edilmiş olduğunu görse ve bu nedenle talebinde, *Lex Falcidia*'nın koyduğu $\frac{3}{4}$ sınırı aşmış olsa, bu kişi fazla talepte (*plus petitio*) bulunmuş olduğu halde korunurdu.”

Formula usulü zamanında, bir uyuşmazlığı, hakimin kararına ihtiyaç bırakmadan halletmek üzere, *praetor*'un, *imperium*'una dayanarak uyguladığı bir araçtı. Bazı durumlarda *praetor*, olayı inceledikten sonra, itiraz edilen bir hukuki işlemde doğan sonuçların, *ius civile*'ye uygun olsa bile hakkaniyete

aykırı olduklarını gördükleri takdirde, o işlem sanki hiç yapılmamış gibi, tarafları, eski hale getirmiş olmaktadır¹⁸¹.

Praetor bu durumu sağlayacak tüm hukuki olanakları verirdi. *Restitutio in integrum* işlemi, *praetor* tarafından yargılamanın *in iure* aşamasında yapılıyordu ve bu işlemde eski hale getirmenin sonuçları doğuyordu. *Restitutio* çeşitli nedenlerle yapılıyordu¹⁸²:

2. Türleri

a. *In Integrum Restitutio Ob Absentiam*

Gaiplik sebebiyle eski hale iadedir. İradesi dışında ve haklı bir sebeple bizzat kendisi veya dava edecek olduğu kişi hazır bulunmadığı için davasını açamayan veya bir hakkını kaybeden kişiye, *praetor*'un *edictum*'unda tanınmış olan eski hale getirme türüdür¹⁸³.

D. 4.1.1

Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel

¹⁸¹ UMUR (Lügat), 87; BERKİ, 84.

¹⁸² UMUR (Lügat), 87; BERKİ, 84; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 229.

¹⁸³ UMUR (Lügat), 87; BUCKLAND (Manuel), 410-411; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 229.

lapis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem.

“Bu başlığın üzerine çok durulmasının faydası yoktur çünkü çok açıktır. Bu nedenle, hata yapmış veya aldatılmış olan, eğer onlar ikrah veya hile veya gençlikleri veya gaiplikleri nedeniyle zarar uğramışlarsa *praetor* onlara yardım eder.”

b. *In Integrum Restitutio Ob Aetatem*

Yirmibeş yaşından küçük baliğin yapmış olduğu bir hukuki işlemi, Klasik Hukuk Dönemi'nde bir yıl, *Iustinianus* Dönemi'nde üç yıl içinde yaşının küçüklüğü nedeniyle aldanmış olduğunu ileri sürerek feshettirmek üzere başvurduğu “yaş nedeniyle eski hale getirme” türüdür¹⁸⁴.

D. 4.4.1.1

Praetor edicit: " quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam".

“*Praetor edictum*'da şöyle der: “Herhangi bir işlem, 25 yaşın altında bir küçükle yapıldığı zaman, ben ne yapıldığını incelerim.”

¹⁸⁴ EMİROĞLU, 58; UMUR (Lügat), 87; BERKİ, 84; BUCKLAND (Manuel), 410; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 229; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 44.

c. *In Integrum Restitutio De Dolum*

Hileli işlemlere maruz kalarak borçlanmış kişilerin yaptıkları işlemleri ortadan kaldırmak için verilen eski hale getirme türüdür. *Iustinianus* Dönemi'nde özellikle dava sırasında yapılan hile halinde verilmekteydi¹⁸⁵.

D. 4.1.7.1

Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio aequitatis postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.

“Bu tip durumlarda, imparator çözümleri tek başına yeterli görülüyorsa, kendi kusuru olmadan aldatılan kişilere çare olması için yeni bir dava tanımak adil bir *praetor*'ün görevidir. Bu genellikle hilenin, hasımları tarafından yapıldığı durumlarda hileye dayanan bir dava talep edildiğinde, ahlaksızlık içeren bir

¹⁸⁵ UMUR (Lügat), 87; BUCKLAND (Equity), 32-35; BUCKLAND (Manuel), 410; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 229; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 44.

dava getirilmesine izin verilmektense sebebe ve adalete dayanan bir dava tanımak *praetor*'un görevidir. Ancak buna başka hiçbir uygun çare olmadığında başvurulmalıdır.”

d. *In Integrum Restitutio Ob Errorem*

Bazı durumlarda, mazur görülmesi mümkün bir hataya düşmüş olan kişiye tanınan eski hale getirme türüdür. Özellikle dava sırasında, örneğin *formula* düzenlenirken *intentio*'da hataya düşülmüş olduğu veya bir *exceptio*'nun hataen konulmamış olduğu durumlarda verilir¹⁸⁶.

D.27.6.1.6

Ait praetor: "si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem". scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit.

“*Praetor*, eğer davacı bu konuda bilgisiz idiyse, *restitutio in integrum* vereceğim der. Bu olanaktan bilen kişiler yararlanamaz, çünkü o kendisini aldatmaktadır.”

Yine *Digesta*'da yer alan bir başka metinde *Papinianus* bu koruma biçiminden söz etmiştir.

¹⁸⁶ UMUR (Lügat), 87; BUCKLAND (Equity), 34-35; BUCKLAND (Manuel), 410; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 229; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 44.

D. 34.9.17

Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignorance facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum ante motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

“Bilinçli olarak, miras bırakanın intikamını almayan mirasçısı, tereke mallarından aldığı tüm semerelerini geri vermelidir. Ayrıca *confusio* sebebiyle sona eren dava haklarını yeniden kazanamaz. Ancak, bu mirasçısı, bir belgeye inanmışsa, kendisini iyiniyetli zilyet olarak savunabilir. *Confusio* ile sona eren haklarının yeniden tanınması da haksız olmaz.”

e. *In Integrum Restitutio Ob Metus*

Tehdit veya ikraha (*metus*) uğramış olan kişinin yaptığı işlemleri, bu şekilde yüklenmiş olduğu borçları ortadan kaldırmak için, yok farzettirmek

üzere verilen eski hale getirme türüdür¹⁸⁷. Buna ilişkin açıklamayı *Digesta*'da bulmak mümkündür.

D. 4.2.9.7

Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio iudicis, ut, si per vim res tradita est...,... ne forte deterior res sit facta...

‘Bu *edictum*'a göre, bu tip eski hale getirme yargıcın izni ile yapılır. Eğer mülkiyet zorla elden çıkmışsa, kişiye geri döner.’

D. Yasak/Emir (*Interdictum*)

1. Kavram

Interdictum, *praetor*'un hakkaniyeti sağlamak için bulduğu çarelerin en önemlilerindendir. Bazı durumlarda da, *praetor*, kendisine başvuran bir kişinin haklı durumunu koruyabilmek için, bu durumu ortadan kaldırmaya çalışan kişilerin bu davranışlarını yasaklayabilirdi veya bir şey yapmaları veya yapmamaları konusunda emir verebilirdi. Bu yasağa uymayan kişiye karşı,

¹⁸⁷ UMUR (Lügat), 87; BUCKLAND (Equity), 32-35; MUIRHEAD/GOUDY/GRANT, 229; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 44.

praetor, durumunu korumak istediği kişiye bir dava açma hakkını tanıyordu¹⁸⁸.

Bazı Roma Hukuku kaynaklarında *Interdictum*'un Türkçe karşılığı olarak “Yasak”, bazı kaynaklarda ise “Emir” kullanılmaktadır. Bu tartışma Romalı hukukçular tarafından çözüme tam olarak kavuşturulamamış bir sorundur. Bu tartışmaya ilişkin *Iustiniaus*'un *Institutiones*'inde bir metne rastlıyoruz.

Ius. Ins. 4.15.1

... sunt tamen qui putant, proprie interdicta ea vocari quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere: restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari: sed tamen optinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

“...Bazılarına göre, sadece yasak edici olanlara, gerçek anlamda *interdictum* demek gerekir, çünkü *interdicere* yasaklamak, menetmek demektir; *restitutoria* ile *exhibitoria*

¹⁸⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 108; UMUR (Roma), 91; BERKİ, 83; WOLFF, 75; ERDOĞMUŞ (Eşya), 31; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 43; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 248.

olanlara, tam olarak *decretum*¹⁸⁹ demek gerekir. Bununla beraber, hepsi de *interdictum* adını almaktadırlar, çünkü bu kelime, iki kişi arasında (*inter*), hüküm vermek (*dicere*) anlamını taşır.”

Formula usulü zamanında *praetor*'un ve eyaletlerde valilerin bazı hallerde, *imperium*'larına dayanarak, hakimin karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde, ihtilafı bir işin yapılmasını yasak veya emretmek suretiyle halletmeleri *interdictum* olarak adlandırılırdı. Normal dava usulüne oranla daha esnek olan bu usul ile, tarafların ileri sürecekleri bütün sebepler incelenip araştırılmadan, süratli bir şekilde, *ius civile*'nin düzenlemediği bazı durumların, hukuken korunmasını sağlamak amacı güdüldü. Geçici bir usul olduğundan, taraflar isterlerse, ayrıca şahsi dava açarak hakimin kararına göre, *interdictum* hükmünü değiştirebilirlerdi. *Interdictum*'lar özellikle zilyetliği korumak amacıyla kullanılmış araçlardı¹⁹⁰. *Interdictum*'ları açıklayan metinlerden birisi *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer almıştır.

¹⁸⁹ *Magistra*'ların hukuki ve idari alanlarda aldıkları kararlar *decretum* olarak adlandırılırdı. (UMUR, Lügat, 55.)

¹⁹⁰ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Eşya), 126; UMUR (Lügat), 90; BERKİ, 83; BUCKLAND (Equity), 25; WOLFF, 75; BUCKLAND (Manuel), 414; MACKINTOSH, 39; VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 43; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 248.

lus. Ins. 4.15 pr¹⁹¹.

Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus quae pro his exercentur. erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat. quod tum maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

“Bundan sonra *interdictum*’lar veya onların yerine konmuş olan davalar gelmektedir. *Interdictum*’lar belirli kelimelerle söylenmiş şekillerdi ki, onlarla *praetor*, ya bir şeyin yapılmasını emreder, veya bir şeyin yapılmasını yasaklardı. Bunu da genellikle, zilyetlik (*possessio*) veya zilyetlik benzeri (*quasi possessio*) konusunda uyuşmazlık çıktığı zaman yapardı.”

Interdictum’lar ilk dönemlerde mutlaka *praetor*’ların *edictum*’larında yer alıyordu. *Praetor* hangi durumlarda ne tip *interdictum*’lar tanıyacağını bu yolla duyururdu. Bu genelde belirli kalıplardaki cümlelerin söylendiği ve emir içeren beyanlardı. Buna örneği *Digesta*’dan vermek mümkündür.

D. 43.1.1 pr

Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere.

¹⁹¹ Aynı yönde metin için bkz. *Gai. Ins.* 4.138-139.

divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque.

“Şimdi hangi durumlarda *interdictum*’ların uygun olduğuna bakalım. Şunu söylemek gerekir ki, *interdictum*’lar hem ilahi hem de insani olaylara uygulanabilir. Kutsal veya ilahi yerlerle dini yerlere ilişkin olan ilahi olaylara uygulanabilir. *Interdictum*’lar insani olaylarda da tanınmıştır. Nerede bir malın maliki varsa veya nerede mal kimseye ait değilse. Hiçkimseye ait olmayan hür kişiler buna dahil edilebilir. *Interdictum*’lar mahkemede nereden hasıl olması gerekiyorsa ona dayanır veya herhangi bir yerde uygulanmışsa ona. Sahibi olan şeyler, ya kamunun ya da bireylerin mülkiyetindedir. Kamu mülkiyeti, kamu alanlarını, yolları ve nehirleri; bireysel mülkiyet, kendi bütünlüğü üzerindeki mülkiyet gibi, *interdictum quorum bonorum* durumundaki gibi ve *interdictum uti possidetis* veya *de itinere actuque* gibi ayrılmış olanları kapsar.”

Ancak zamanla *praetor*'ların *edictum*'unda yer almayan, fakat *actio*'larda olduğu gibi hakkaniyeti sağlamak amacıyla ihtiyaçları karşılamak üzere, kıyas yoluyla belirli olaylara uygulanan *interdictum*'lar da ortaya çıktı. Bu *interdictum*'lara *Interdicta Utiles* adı verildi¹⁹². Bu tip *utiles interdictum*'ların nasıl yapıldıklarına ilişkin örneğe *Digesta*'da rastlamaktayız.

D.43.19.1.9

Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte " si qua mihi iusta causa esse videbitur". sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat. praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet.

“Eğer birisi sel (su basması) nedeniyle geçen yıl için doğru usulü kullanmamışsa, fakat daha önceki yıl kullanmışsa, bu *interdictum*'dan tarihi değiştirerek yararlanabilir ve *interdictum*'un “eğer sebep bana uygun görünürse” şartına göre tamamlanmasına izin verilir. Eğer buna rağmen, doğru usulü kullanması zorla engellenmişse, *Marcellus*'a göre eski hale getirmenin tamamlanması gerekir. Ayrıca değiştirilmiş

¹⁹² UMUR (Lügat), 91.

tarihli *interdictum* taraflardan birisinin her zamanki gibi eski hale getirmeyi talep hakkı diğer olaylarda da kullanılabilir.”

Yine intifa (*ususfructus*) hakkı sahibini korumak ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla *praetor*'un, intifa hakkı sahibine *interdictum utilis* tanıdığını görüyoruz. Klasik Hukuk Dönemi'nde intifa hakkı sahibi zilyet (*possessor*) sayılmadığından, bu dönemde malın zilyetliği çıplak malike aitti. Bu nedenle zilyetliğe ilişkin *interdictum*'lardan intifa hakkı sahibi değil, çıplak malik yararlanabilmekteydi. Ancak bu dönemde *praetor*'ların, intifa hakkı sahibini zilyetlik *interdictum*'ları ile *utilis* biçiminde koruduğu tespit edilmiştir¹⁹³.

Iustinianus Dönemi'nde ise, Klasik Sonrası Dönem'de işlenmeye başlanan *quasi possessio* (zilyetlik benzeri) veya *possessio iuris* (hak zilyetliği) kavramı son şeklini almış ve bu şekilde artık zilyet olarak kabul edilmeye başlanan intifa hakkı sahibi, zilyetliğin korunmasına ilişkin bütün *interdictum*'lardan doğrudan doğruya yararlanır hale gelmişti¹⁹⁴.

¹⁹³ KÜÇÜKGÜNGÖR (İntifa), 122. Örnek metinler için bkz. *D.43.16.3.13*; *D.43.17.4*.

¹⁹⁴ VILLEY (Çev.: TAHİROĞLU), 113-115; KÜÇÜKGÜNGÖR (İntifa), 122.

2. Sınıflandırılması

a. *Prohibitoria-Restitutoria-Exhibitoria*

Iustinianus'un *Institutiones*'inde *Interdictum*'lar temel olarak şu şekilde sınıflandırılmıştır: *Interdictum*'lar, ya yasaklayıcı (*prohibitoria*) ya iade edici (*restitutoria*) ya da teşhir edici (*exhibitoria*) olarak sınıflandırılmışlardır¹⁹⁵. Bu metinde yapılan *interdictum* sınıflandırması verilen örneklerle açıklanmıştır.

Ius. Ins. 4.15.1

Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt aut restitutoria aut exhibitoria. prohibitoria sunt quibus vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti quo ei ius erit inferendi, vel in loco sacro aedificari, vel in flumine publico ripae eius aliquid fieri quo peius navigetur. restitutoria sunt quibus restitui aliquid iubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum quae quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate, aut cum iubet ei qui vi possessione fundi deiectus sit restitui possessionem. exhibitoria sunt per quae iubet exhiberi, veluti eum cuius de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos qui in potestate eius sunt...

¹⁹⁵ BUCKLAND (Manuel), 414.

“*Interdictum*’ların ana tasnifi, bunların ya yasak edici (*prohibitoria*), ya iade edici (*restitutoria*), yada teşhir edici (*exhibitoria*) şeklindedir. Bir şeyin yapılmasına engel olanlar yasaklayıcıdır; örneğin, haklı olarak zilyet olana karşı cebir kullanmayı, ölüsünü gömme hakkına sahip olanın bu hakkına karşı cebirle karşı koymayı, kutsal yere inşaat yapmayı, kamuya ait nehir veya sahilde seyrü sefere zarar verecek herhangi bir şey yapılmasını yasak etmek gibi. Bir şeyin geri verilmesini emredenler iade edicidirler; örneğin, bir tereke malları üzerinde mirasçı sıfatı ile (*pro heredere*) veya zilyet sıfatı (*pro possessore*) ile zilyet olanlara, bu malları *praetor* mirasçısına (*bonorum possessor*) iade etmelerini, bir taşınmazın zilyetliğini cebir kullanılması sonucu kaybetmiş olan kişiye, bu zilyetliğin geri verilmesini emretmek gibi. Bir şeyi göstermeyi emredenler teşhir edicidirler; örneğin, hürriyeti söz konusu olan bir kişinin, *patronus*’u tarafından hizmetler görmeye davet edilen azatlının ortaya çıkarılmasını, veyahut baba hakimiyeti altında bulunan çocukların babalarına gösterilmelerini emretmek gibi...”

b. Zilyetliğin Kazanılmasını Sağlayan-Zilyetliğin Korunmasını Sağlayan-Zilyetliğin İadesini Sağlayan *Interdictum*’lar

Interdictum’ların bir diğer sınıflandırması en önemli kullanım alanı olan zilyetliğe ilişkin olarak yapılmıştır. Bu sınıflandırma da *interdictum*’lar,

zilyetliğin kazanılmasını sağlayan, zilyetliğin korunmasını sağlayan, zilyetliğin iadesini sağlayan *interdictum*'lar olarak sınıflandırılmıştır¹⁹⁶. Yine bu sınıflandırmaya ilişkin metni *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bulmak mümkündür.

Ius. Ins. 4.15.2¹⁹⁷

Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam adipiscendae possessionis causa comparata sunt, quaedam retinendae, quaedam recipendae.

“*Interdictum*’ların izleyen tasnifi, bazılarının, zilyetliğin kazanılmasına (*adipiscendae possessionis*); bazılarının, zilyetliğin korunmasına (*retinendae possessionis*); bazılarının da, zilyetliğin iade edilmesine (*recipendae possessionis*) ilişkin olanıdır.”

E. Zilyetliğin sağlanması (*Missio in bona / Missio in Possessionem*)

Missio in bona veya *missio in possessionem* olarak adlandırılan bu uygulama ile *praetor*’lar korunmalarında hakkaniyet gereği gördüğü bir takım kişilere, *ius civile* hükümlerine göre, başkalarına ait malların tümünün ya da bir bölümünün fiili hakimiyetini ellerine geçirme yetkisini tanıyabiliyorlardı.

¹⁹⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Eşya), 127; ERDOĞMUŞ (Eşya), 32.

¹⁹⁷ Aynı yönde metin için bkz. *Gai.Ins.4.143*

Yani, bu kişilere, o malların zilyetliğini sağlayarak, açılacak davada o kişilerin durumunu güçlendirebiliyorlardı¹⁹⁸.

Roma'da *praetor*'ların, eyaletlerde *proconcul*'lerin *imperium*'larına dayanarak bir kişiye, mülkiyeti başkasına ait bir mal üzerinde, çeşitli sebeplerle, fiili hakimiyet tanınmaları. Malı alan her zaman tam zilyet olamaz, bazı hallerde *praetor*'un izni ile malı satabilir, başka bazı durumlarda ise *interdictum*'lardan yararlanabilirdi. Eğer *missio in possessionem*'e sebep olan durum devam ederse, *praetor* bunu yenileyerek, gerçek bir zilyetlik haline getirir ve o durumda zamanaşımı ile kazanmaya elverişli zilyetlik olurdu¹⁹⁹.

Bu uygulama birçok hukuki sorunda uygulanmaktadır²⁰⁰. Örneğin *damnum infectum*²⁰¹'da olduğu gibi bir tarafı belli teminatlar vermeye zorlama yöntemidir²⁰². Miras hukukunda ise bazı davalarda vukuu şüpheli hisselerin

¹⁹⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 108; UMUR (Roma), 90-91; BERKİ, 84; BUCKLAND (Manuel), 411; MACKINTOSH, 40; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ (Roma), 249.

¹⁹⁹ BUCKLAND (Equity), 22-23; UMUR (Lügat), 136; MOYLE, 30.

²⁰⁰ BUCKLAND (Equity), 22.

²⁰¹ *Damnum Infectum*: Tehlike yaratan bir evin veya binanın, kısmen veya tamamen yıkılması ile veya inşaat için yapılan bir hafriyat sebebiyle komşuya verilmesi muhtemel zarara verilen isimdir. Örnek metin için bkz. *D.39.2.7*. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN (*Cautio*), 809 vd.

²⁰² BUCKLAND (Equity), 22; BUCKLAND (Manuel), 412.

himayesi için kullanılır²⁰³. *Ventris nomine* ya da diğer davalarda hükmün infazına yönelik bir adımdır²⁰⁴. Aşağıdaki metinde de bunlardan bahsedilmektedir.

D. 42. 4.1

Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine...

“Alacaklının borçlunun mülkiyetindeki zilyetliğine sahip olmasında üç olağan sebep vardır: birincisi, onu korumak için; ikincisi, mirası korumak için; ve üçüncüsü, doğmamış çocuğun namına...”

F. Davanın Reddi (*Denegatio Actionis*)

Bu sonucu elde etmek için, *praetor* genellikle *ius civile* davası açma hakkını tanımamaktaydı. Roma’da bu tip dava açma hakkının reddedilmesine *denegatio actionis* adı veriliyordu. *Praetor*’un, davacıya, hakim önüne gitme imkanını tanımaması, yani genellikle kendisinin, istediği *formula*’yı ona vermemesi durumuydu. *Praetor*, genellikle, dava hakkı tanımayacağı halleri

²⁰³ D.36.3.5.1. BUCKLAND (Equity), 22; BUCKLAND (Manuel), 412.

²⁰⁴ D.25.5.0.; D.25.5.1.pr. BUCKLAND (Equity), 22; BUCKLAND (Manuel), 412.

edictum'unda beyan etmekle beraber, hukuka, ahlaka veya hakkaniyete uygun olmadığını, veya mutlaka kaybedileceğini gördüğü iddialara bakarak, talep olunan *formula*'ları da reddedebilmekteydi²⁰⁵.

D. 50.17. 102.1

Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

“Nasıl ki davayı kabul etme hakkı varsa, reddetme hakkı da vardır.”

Bir davanın reddedilmesi, özel bir *praetor* çözümü olarak kabul edilmelidir. Çünkü pek çok davada, bir işleme maruz kalan yasal etkiden mahrum bırakmak için faaliyet gösterir. Böylece -her ne kadar öyle adlandırılmasa da- bir *restitutio in integrum* gibi hareket eder²⁰⁶.

Her ne kadar *denegatio actionis* Umur tarafından *restitutio in integrum*'u sağlama araçlarından birisi olarak kabul edilmekte ise de kanımızca da aralarında sadece doğrudukları hukuki sonuçlar açısından bir benzerlik vardır²⁰⁷.

²⁰⁵ UMUR (Lügat), 57; BUCKLAND (Equity), 37-38; WOLFF, 74; JOLOWICZ/NICHOLAS, 99; BUCKLAND (Manuel), 8; LEE, 12.

²⁰⁶ BUCKLAND (Equity), 37.

²⁰⁷ UMUR (Lügat), 87; BUCKLAND (Equity), 37-38.

Yargılama sürecinde müdahale etme ya da davacıyı yasal haklarını kullanmaktan alıkoyma kudreti en yüksek rütbeli kişiye yani *praetor*'a ait kabul edilmektedir. Yargı faaliyetini yürüten kişiler arasında herhangi bir çatışma söz konusu değildir. *Praetor* burada en baştan müdahale ettiği için, uyuşmazlık henüz seçilmiş özel yargıcın önüne gitmeden, dava hakkı engellenmektedir²⁰⁸.

D.12.2.9 pr

Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur. an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.

“Yemin verildikten sonra bu nedenle dava reddedilir; ve eğer uyuşmazlık varsa şunu söylemelidir ki, yemin verdirilip verdirilmediği tartışmalıysa davanın kabulü için sebep vardır.”

II. *Ius Honorarium*

A. Genel Olarak

Ius honorarium, hukukun yaratıcı kaynakları açısından yapılan sınıflandırma sonucu ortaya çıkmıştır. Yaratıcı kaynak, kamu hayatında hukuku yaratan organlar, güçler anlamına gelmektedir. *Ius civile-ius honorarium* ayrımı, hukuku yaratan güçler bakımından yapılmaktadır. Bu

²⁰⁸ WOLFF, 74; LEE, 12.

bakımdan, *ius honorarium* karşısında *ius civile*, kaynağı halk olan hukuku temsil eder. Bir başka deyişle, halk meclislerinin kararlarına, yani kanunlara, örf ve adete ya da bunlara benzer bir hukuk kaynağına dayanan hukuku ifade eder²⁰⁹. Nitekim, bu anlamda, hukukçuların, hukuku geliştiren çalışma, inceleme ve araştırmaları, *Principatus* Dönemi'nde *senatus*'un kararları da *ius civile*'nin kapsamına girer²¹⁰.

Ius honorarium ise, resmi bir makamın koyduğu hukuk anlamındadır. Burada “*honor* (şeref)” sözü, Roma'da yüksek devlet işleri Cumhuriyet Dönemi'nde ücretsiz, bir çeşit şeref olarak görüldüğünden, resmi devlet makamını ifade etmektedir. Roma'da Cumhuriyet Dönemi'nde ve *Principatus* Dönemi başlarında *magistra*'lık adını taşımaktaydılar²¹¹.

Ayrıca bu *magistra*'lar devlet memuru statüsünde olmayıp, kanun gereğince devletin iktidarını temsil eden ve bu iktidarı fiilen kullanma yetkisine sahip kişilerdir. Yani, *magistra*'lar başka bir organa ya da kişiye tabi olmayan, devletin birtakım fonksiyonlarını yerine getiren kişilerdi. *Magistra*'ların yetkisi bir *imperium* olduğundan, onlara doğrudan devlet

²⁰⁹ MELVILLE, 25-26; MOYLE, 40; STEIN (European History), 12.

²¹⁰ MELVILLE, 25-26; MOYLE, 40; LEE, 13; NICHOLAS, 22.

²¹¹ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 103-105; UMUR (Roma), 92; KOSCHAKER/AYİTER, 12; BERKİ, 15; BUCKLAND (Equity), 5; STEIN (Character), 40; WOLFF, 71; JOLOWICZ/NICHOLAS (Historical Introduction), 97-98; MAINE, 46; NICHOLAS, 22.

iktidarını fiilen kullanabilme yetkisi veriyordu. Yani *Ius honorarium*, *magistra*'larca yaratılan hukuk kurallarının tamamını ifade eder. Bu da özellikle *praetor* adıyla anılan üçüncü *magistra*'lığın kurulup, Roma'nın özel hukuk alanındaki yargılama işlerini yürütmekle görevlendirildiği için; *praetor*'ların yarattığı hukuk adını da verebiliriz. Ancak yine de *Ius honorarium* tüm *magistra*'ların yarattığı hukuku kapsar, sadece *praetor*'ların yarattığı hukuk ile sınırlandırılmaması gerekir. Ancak bunun içinde faaliyetlerinin yargılama alanına girmesi dolayısıyla *praetor*'ların yarattığı hukuk geniş ve daha özel bir yer kapsar. Bu nedenle bazı kaynaklarda *Ius Honorarium*'un *Praetor Hukuku (Ius Praetorium)* ile eş anlamda kullanıldığına da rastlanmaktadır²¹².

Cumhuriyet'in son iki yüzyılı (M.Ö. 200-M.Ö.27) ve *Principatus* Dönemi'nin başlarında Roma Hukuku'nun gelişmesi üzerine *praetor* hukuku'nun etkisi büyük olmuştur. *Praetor*'lar eski Roma Hukuku'nu derin bir biçimde değiştirmiş ve eski *Ius Civile (Ius Quiritium)* yanında zamanın koşullarına daha uygun hukuk yaratmayı başarmışlardır. Hukukun bu değişimi genel politik ve ekonomik gelişimin bir sonucu olmuştur. Roma özellikle Kartaca'ya karşı kazandığı zaferlerden sonra giderek büyümüş ve

²¹² KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 103-105; UMUR (Roma), 92; KOSCHAKER/AYİTER, 12; BERKİ, 15; BUCKLAND (Equity), 5; STEIN (Character), 40; WOLFF, 71; JOLOWICZ/NICHOLAS (Historical Introduction), 97-98; MAINE, 46; NICHOLAS, 22.

imparatorluk niteliği kazanmıştı. Bu siyasal gelişme, ticari ilişkilerin artmasını, ekonomik değişiklikleri de gerektirmişti. Eski *ius civile* biçimci ve dar kalıplara bağlıydı ve küçük Roma şehir devletinin tarımsal yapısına uygun düşüyordu. Roma giderek imparatorluğa dönüştükçe, ekonomik ekonomik koşullara uygun olarak hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaya başlandı. Romalıların geleneklerine sıkı sıkıya bağlılığı, hukukun, kanun koyucunun iradesiyle ani ve kesin biçimde değişmesini önliyordu. Bu yüzden hukuki gelişme ancak çok küçük bir oranda kanunlarla sağlanabildi. Yeni dönemin gereksinmelerini kavrayan *praetor*'lar, iki yüzyıla yakın faaliyetleri sırasında bunları karşılayacak yeni hukuki yollar yaratarak hukukun ağır bir süreç içerisinde gelişmesini sağlamışlardır. Böylece *praetor*'lar, hukuku yaratan yeni bir güç olarak ortaya çıkmışlardır²¹³.

Roma toplumunun yeni gereksinmelerinin karşılanamadığı dönemlerden itibaren yukarıda andığımız sebeplerden dolayı, *ius civile*'nin uygulayıcısı durumunda olan *praetor*'a verilen yetkilerle, *praetor*, *ius civile*'yi uygularken, bu uygulamayı kolaylaştırmak, boşluklarını doldurmak, toplumun ve zamanın yeni ekonomik ve toplumsal koşullara uydurabilmek için *ius civile*'nin bazı kurallarını değiştirme, düzeltme olanağını elde etti. Bu nedenle *praetor*'ların Roma Hukuku'nun gelişimi üzerine olan etkileri, yeni hukuk

²¹³ VAN ZYL (Greek and Roman), 106; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 305; NICHOLAS, 23; BUCKLAND (Equity), 5; STEIN (Character), 41; WOLFF; 71; MELVILLE, 26.

kuralları koymak biçiminde değil, usul hukuku alanındaki faaliyetleri sırasında yani dolayısıyla olmuştur²¹⁴.

B. *Ius Honorarium*'un Yürürlük Kaynağı Olarak *Edictum*

Ius Honorarium'un yürürlük kaynağı *Edictum* (Beyanname)'dir. Beyanname ilk zamanlarda *Album* adıyla anılmıştır. *Edictum*, kanunla örf arasında; bir taraftan, kanun gibi iyi düşünülmüş; diğer taraftan, zamanın şartlarına uyan örf ve adetler gibi; hem muhafazakar hem ilerici; bir taraftan sabit kuralları, diğer taraftan gelişmelere uyan kurallar içeren yeni bir hukuk kaynağı idi. Bir tarafta sabit bir kısmı, diğer tarafta hareket halinde ilkeleri içerdiği için, hukukta gelişmeyi sağlar, fakat bunun ani hamleler halinde olmaması da sağlanmış olurdu. Roma'da *edictum*'larla oluşan hukuk kaynağına *ius edicendi* adı verilirdi²¹⁵.

Praetor'lar, yargılamaya ilişkin faaliyetleri sırasında uygulayacakları hukuk kurallarını saptayıp halka bildiriyorlardı. Başlangıçta, bu bildirme, halk

²¹⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 305; BUCKLAND (Equity), 5; STEIN (Character), 41; WOLFF, 71; JOLOWICZ/NICHOLAS, 98; MAINE, 46.

²¹⁵ UMUR (Roma), 91; KOSCHAKER/AYİTER, 13; MELVILLE, 26-27; HUNTER (Historical), 120; MACKINTOSH, 36; VAN ZYL (Greek and Roman), 106; STEIN (European History), 12; NICHOLAS, 21-22; HONİG, 13-14.

meclisler halinde toplu bulunduğu sırada sözlü olarak yapılıyordu. Bu bildiriye, *edĳcere* (aĳık olarak beyan etmek, bildirmek) fiilinden türetilerek “*edictum*” adı veriliyordu. Sonraları bu bildirilerin adı, “*Edictum*” olarak kalmakla birlikte, yazılı olarak yapılmaya başlandı²¹⁶.

Ius. Ins. 1.2.7

Praetorum quoque edicta non modicam iuris optinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est.

“*Praetor*’ların beyannameleri (*edictum*’lar) de önemsiz sayılamayacak bir hukuki güce sahiptiler. Bu beyannamelere genellikle *ius honorarium* adını veririz, ĳünkü hukuki güçlerini devlet memuriyetlerini (*honores*) idare edenlerden, yani *magistra*’dan alırlar. *Aedilis curulis*’ler de bazı konularda beyannemeler yayınlarlardı ki, bunlarda *ius honorarium*’un bir kısmını oluşturur.”

²¹⁶ KARADENİZ ĳELEBĳCAN (Roma), 108; BUCKLAND (Manuel), 7; NICHOLAS, 21-22; HONĳG, 13-14.

Böylece, *praetor*'ların görev yıllarının başında, adli işlerin yönetiminde izlemeyi düşündükleri kuralları bir beyanname (*edictum*) halinde yayımlamaları usulü yerleşti²¹⁷.

Bu bildirimler kanun niteliğinde değildi, hukuk kurallarından oluşmuyordu. Çünkü *praetor*'un kanun koyma yetkisi yoktu. Söz konusu bildiri, *praetor*'un faaliyet yılı içinde uygulayacağı kuralları, kendisine tanınmış yetkiden yararlanarak hukuki yollarla koruyacağı durumları bir çeşit program halinde saptıyordu. Böylece, her türlü hukuki korumanın *praetor*'a bağlı olması sebebiyle, haklarının hukuken tanınmasını isteyen herkesin, *praetor*'un saptadığı bu kurallara uymak zorunluluğunu duyması doğaldı²¹⁸.

İlk zamanlarda *praetor*, görevine başlarken yayımladığı bildirimden ayrılma özgürlüğüne sahipti. Ancak, bu durumun bir takım kötüye kullanmalara yol açması nedeniyle bu olanak kaldırıldı ve M.Ö. 67 yılında çıkarılan "*Lex Cornelia*" adlı kanunla, *praetor*'lar yayımladıkları bildirimlere bağlı kalmaya mecbur tutuldular. Böylece, *praetor*'un görev yılı başında yayımladığı bildiri bütün görev süresi boyunca yürürlükte kaldığından, "sürekli bildiri (*edictum perpetuum*)" adını aldı. Ancak yeni durumlar ve koşullar gerektirdiğinde *praetor*'ların yeni ek bildirimler çıkarma hakları vardı. *Praetor*'ların görev süreleri bir yıl sürdüğünden, yayımladıkları bildirimler de bir

²¹⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 108-109; KOSCHAKER/AYİTER, 13; STEIN (European History), 12.

²¹⁸ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 108-109; KOSCHAKER/AYİTER, 13.

yıl yürürlükte kalıyor ve yıl sonunda kaldırılıyorlardı. Böylece, görev başına gelen bir *praetor*, hiçbir şekilde kendisinden önce görevde bulunmuş olan *praetor*'un bildiriyle bağlı değildir. İsterse onu tamamen kaldırabilir, isterse kısmen değiştirerek yayımlayabilirdi; eski bildiriye olduğu gibi benimseyerek yayımlamak hakkı da vardı. Yeni *praetor*'lara eskisinden geçen *edictum*'lara “*Edictum Translativum*” adı verilirdi²¹⁹. Ayrıca yeni *praetor*'ların kısmen değiştirerek ve ekler yaparak yayınladıkları *edictum*'lara da “*Edictum Novum*” adı veriliyordu²²⁰.

Yeni *praetor*'un , eski *praetor*'un bildirisini hiçbir değişiklik yapmaksızın olduğu gibi yeniden yayımlaması, zamanla gelişen ve değişen toplumun yeni gereksinmelerinin yeni hukuki koruma yollarını zorunlu kılması nedeniyle çok rastlanmayan bir durumdu. Romalıların eskiye, geleneklere sıkı sıkıya bağlı düşünüşlerinin, etkisiyle eski bildirin tüm olarak değiştirilmesi yoluna da, çoğu kez, zorunlu olmadıkça başvurulmuyordu. Genellikle, her yeni gelen *praetor*, kendisinden önceki *praetor*'un bildirisinden hala bazı gereksinmelere karşılık veren bölümleri kendi bildirisine alıyor, bunlara yeni koşulların gerektirdiği eklentiler yapıyordu. Böylece, giderek yerleşen bu gelenek,

²¹⁹ WOLFF, 81; BERKİ, 33; MELVILLE, 27; JOLOWICZ/NICHOLAS, 98; BUCKLAND (Manuel), 8; MACKINTOSH, 41-42; LEE, 11; KUNKEL, 92.

²²⁰ BERKİ, 32; MELVILLE, 27-29; JOLOWICZ/NICHOLAS, 98; MOYLE, 28-31; BUCKLAND (Manuel), 7; MACKINTOSH, 41-42; SCHERMAIER, 65; HONIG, 15.

zamanla genişleyen bir grup hukuk kurallarının bir bildiriden diğere aktarılması sonucunu doğurdu. Bu durum, sayıları yıllar geçtikçe artan bazı temel ilke ve kuralların, *praetor* bildirilerinin sürekli olarak geçerli olan bölümünü oluşturmasına yol açtı. Böylece, *praetor* bildirileri, bir yandan, giderek, saptanmış kurallardan oluşan bir derleme niteliği kazanırken, öte yandan, sürekli olarak değişme ve gelişme içinde olan bir hukuk kaynağı olarak ortaya çıktılar. İçinde, geçmişte denenmiş olan bazı ilkelerin saklandığı *praetor* bildirileri, değişen toplum koşullarının gereksinmelerine uygun olarak sürekli bir değişme ve yenilenmeye açık bir özellik taşıyordu. *Praetor* bildirileri bu özellikleri dolayısıyla çağlarındaki hukukun sürekli bir gelişme ve ilerleme ögesini oluşturuyorlardı. Nitekim, *praetor*'ların yargılama alanındaki faaliyetleri, özellikle de beyannameler yoluyla yerleşen hukuk kuralları ve hukuki kurumlar giderek hukukun özel bir bölümü olarak görülmeye başlandı²²¹

²²¹ BERKİ, 32; MELVILLE, 27-29; JOLOWICZ/NICHOLAS, 98; MOYLE, 28-31; BUCKLAND (Manuel), 7; MACKINTOSH, 41-42; SCHERMAIER, 65. LEE, 11. Çalışmamızın esasını teşkil eden *aequitas* probleminin çözümünü de bu yeni yaratılan hukuk kuralları içinde aramak gerekir. “Somut olay adaleti” *praetor*'ların *ius civile* karşısında yerleştirdikleri usul ve yeni uygulamalar sonucu sağlanmıştır.

C. *Ius Honorarium*'un Fonksiyonları

İşte özel hukukun bu yeni bölümüne, *ius honorarium* adı verilerek, bu kurallar bütünü, eski örf ve adetler, kanunlar, hukukçuların faaliyetleri ve *senatus*'un kararlarından oluşan *ius civile*'den ayrıldı. Sert, katı, biçimlere ve kalıplara sıkı sıkıya bağlı geleneksel *Ius Civile* Sistemi'nin karşısında, hak ve adalet duygusunun gereklerine uyan, iyiniyet kurallarına yer veren, toplumun gelişen ve değişen gereksinmelerini karşılayan ve daha ileri bir hukuk idealine yönelen *Ius Honorarium* Sistemi yer alır²²².

D.1.1.7.1

Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

“*Ius praetorium*, *praetor*'ların kamu yararı düşüncesiyle, *ius civile*'ye yardımcı olması, ona ek olması veya onu düzeltmesi için tanınmıştır. Aynı zamanda *praetor*'lar şerefli makam olarak adlandırıldıkları için, buna *ius honorarium* da denmektedir.”

²²² BERKİ, 32; MELVILLE, 27–29; JOLOWICZ/NICHOLAS, 98; MOYLE, 28–31; BUCLAND (Manuel), 7; MACKINTOSH, 41–42; SCHERMAIER, 65.

Böylece *ius honorarium*'un *ius civile* karşısında üç fonksiyonu vardı²²³:

- *Ius Honorarium*'un, *ius civile*'yi ayrıntıları bakımından açıklayıp uygulanmasını sağlayarak ona yardımcı olması;
- *Ius Honorarium*'un, *ius civile* tarafından düzenlenmemiş konularda kurallar koyarak bu hukuk sisteminin boşluklarını doldurması, onu tamamlaması;
- *Ius Honorarium*'un *ius civile*'nin artık gereksinmelere karşılık vermeyen kurallarını değiştirmesi.

Ancak, *Principatus* Dönemi'nin başlamasıyla, *praetor*'ların Cumhuriyet Dönemi'ndeki özerklikleri kısıtlanmaya başladı. Bu durum, *praetor*'ların giderek kendilerinden önce gelen *praetor*'ların bildirimlerini aynen yayımlamaya başlamalarına yol açtı. Bu nedenle İmparator *Hadrianus* (M.S. 117-138) zamanın büyük hukukçusu olan *Salvius Iulianus*'u, o zamana kadar çıkarılan *praetor* bildirimlerinde oluşmuş dava formüllerini, benimsenmiş hukuk kurallarını saptamakla görevlendirdi. M.S. 130 yılında *Iulianus*'un derlediği bildiri, *praetor* hukuku (*ius honorarium*)'un bir derlemesi niteliğindedir. Bu bildiri, M.S. 130 yılında İmparator *Hadrianus*'un bir emirnamesiyle "*Edictum*

²²³ BUCKLAND/ McNAIR, 4; KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 109–110; BERKİ, 33; WOLFF, 73; MELVILLE, 28 dn.3; MOYLE, 28; VAN ZYL (Equity), 5; TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ (Roma), 112.

Perpetuum (Sürekli Beyanname)” adıyla yayınlanınca kanun niteliği kazandı. Gerçi, yine her yıl *praetor*’lar, *edictum perpeetum*’u yayımlıyorlardı, ama artık bu bir geleneği sürdürmekten öte bir anlam taşımıyordu. Çünkü imparator’ların kendilerince yapılanların dışında, artık bu bildiride herhangi bir değişiklik yapma olanağı kalmamıştı. *Iulianus*’un derlediği bu bildiri Klasik Dönem’de hukukun temel kaynaklarından birisi oldu²²⁴.

Principatus Dönemi’nin sonlarına doğru artık özel hukuk işlerini düzenlemek ve yönetmek için bir *praetor* atanmaz oldu. Bu görev de imparatorluk memurlarına devredildi. Gerçekte, İmparator *Augustus* zamanından beri eski, iki aşamalı yargı usulünün yanı sıra uygulanmaya başlanan yeni yargılama usulü olan Sistem Dışı Yargılama giderek yaygınlaşıyordu. Davanın başından sonuna kadar tek bir makam önünde görülen bu usul, giderek uygulanan tek yargılama usulü haline geldi ve *praetor*’ların yerini de imparatorluk memurları olan yargıçlar aldılar. Öte yandan, M.S. 284 yılında mutlak imparatorluk rejiminin kurulması ile imparator emirnameleri hukukun tek ve mutlak kaynağı durumuna geldi. Böylece *ius civile* ile *ius honorarium* arasındaki fark giderek ortadan kalktı ve bu iki hukuk sistemi *Iustinianus* zamanından önce tamamen birleşti. Bu

²²⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 110–111; UMUR (Roma), 94–95; KOSCHAKER/ AYİTER, 19; VAN ZYL (Equity), 5.

birleşme de iki hukuk sistemi arasında birbiri ile uyuşmayan noktalarda daha yeni olan *praetor* hukuku, daha eski olan *ius civile*'nin yerine geçti²²⁵.

²²⁵ KARADENİZ ÇELEBİCAN (Roma), 111.

SONUÇ

Aequitas kavramı Türk hukuk literatüründe iki terim ile ifade edilmektedir. Kimi yazarlar “hakkaniyet”i kullanırken, kimi yazarlar “nasafet”i kullanmakta, hatta kimi yerde de bazen “hakkaniyet ve nasafet”in her ikisinin birden kullanıldığı görülmektedir.

Aequitas özünde adalet kavramı ile ilgilidir. Söz konusu olan hukukun vaz ettiği genel kuralın özel durumlarda sebep olabileceği haksızlıkları, adaletsizlikleri önlemek ya da ortadan kaldırmaktır.

Aslında bu tercih farklılığına Eski Medeni Kanun’un hakime tanıdığı takdir yetkisini düzenleyen 4. maddesi neden olmuştur. Bu madde hükmüne göre, “Kanun takdir hakkı verdiği ve icabı hale göre yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu hususlarda hakim, hak ve nısfetle hükmeder.” Yeni Medeni Kanununun 4. maddesi ise, “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” ifadesini içermektedir. Türk hukuk doktrininde “hakkaniyet” ve “nasafet” kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaya gelmiştir ve halen de eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Çalışmamızda ise Yeni Medeni Kanun’da “nısfet (nasafet)” yerine “hakkaniyet” kavramı kullanıldığından, Antik Yunan’da “*επιεικεια* (*epieikeia*)”, Latince’de “*aequitas*”, İngilizce’de “equity”, Fransızca’da “*équité*”, Almanca’da “Billigkeit” terimleri ile ifade edilen bu kavramın karşılığı olarak “hakkaniyet” kavramı kullanılmıştır.

Hakkaniyet kısaca “somut olay adaleti” olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda hakkaniyet ile adalet kavramları birbirleri ile sıkı ilişki içindedir.

Hatta birçok yabancı sözlükte ve kaynakta hakkaniyetin karşılığının adalet olarak verildiği de görülmektedir. Bu iki kavram arasındaki sınırlar oldukça belirsizdir. Adalet denildiğinde, doğrudan doğruya kurallara ve ilkelere hakim olması gereken en yüksek moral düşünce kastedilir. Adalet, herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkanlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder. Başka bir deyişle, adalet, düzene ilişkin en yüce düşüncedir. Buna karşın hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle belirlenememesinin doğuracağı düşünülen sakıncaları ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bıraktığı durumlarda etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden ilkedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temeldir.

Hakkaniyet, adaletle iç içe olduğu gibi aynı zamanda karşı karşıya bir ilişki düzeni içindedir. Hakkaniyet, boşlukları doldururken, değişen koşulları gözönüne alırken adalete büyük katkı yapmakta, ancak eşit olmayan durumlarda eşitsiz işlemleri öngörürken eşitlik açısından adalet ile çelişmektedir. Fakat adalet sadece eşitlik demek değildir. Görünüşte eşitliği ihlal ediyormuş gibi görünen hakkaniyet, dolaylı olarak yine adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır.

Aequitas kavramı Berger'in Roma Hukuku Sözlüğü'nde şu şekilde tanımlanmış ve açıklanmıştır: "Adalet (*iustitia, iustum*) ilişkin fakat pozitif hukuktan ayrılan, *ius* (hak). Hukukun gelişimine yön veren veya vermesi gereken temel ilkelerden birisidir. Hukukun bu gelişmesindeki düzeltici ve

yaratıcı unsurlarındandır. *Aequitas* ya varolan hukuku yorumlamak (açıklamak) ya da hukuki düzenleme yokluğunun tamamlanmasında görülür.”

Aequitas'ın kelime olarak eşitliğin unsurlarından birisini karşıladığı kabul edilir. Roma *aequitas*'ı Roma Hukuku'nun gelişmesi sırasında işlevlerini yerine getirmiştir. Roma'nın ilk dönemlerinde oluşan yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları sonraki dönemlerin sosyal ve ekonomik gereksinimleri için yetersiz kaldığı dönemde, *aequitas* hem özel hukuk hem de usul hukuku ve de yargılamalar yoluyla *aequitas* işletilmeye başlanmıştır. Diğer taraftan, Romalı hukukçularında bu yönde çok büyük katkıları olmuştur. Cumhuriyet Dönemi'nin sonuna kadar birçok yargı kararı *aequitas* ilkesinden esinlenmiştir.

Romalı hukukçular ve yargılamadan sorumlu devlet görevlileri *aequitas* konusunda çok hassas ve bilgili olmalarına rağmen hiçbirisi bu kavramın açıkça bir tanımını yapmamıştır. *Aequitas*, bazı zamanlarda “yürürlükteki hukukun (*ius*)” zıttı bir kavram olarak kullanılmış ve onu düzeltici fonksiyon yerine getirmiştir. Çoğu zaman ise *ius* ile *aequitas* arasında çok sıkı bağlantı olmuş ve birbirinden ayıramaz hale gelmiştir. *Aequitas* doğal kaynağını, insan topluluklarında, onların geleneklerinde ve onların ahlaki ve sosyal düşünüş ve görüşlerinde bulmuştur. Hukuka bunların yerleşmesi ya geleneklere dayalı uygulamalarla ya da kanun koyma yoluyla olmuştur. *Aequitas* ile *ius naturale* (tabii hukuk) arasındaki ilişki apaçık ortadadır.

Roma'daki *aequitas* kavramı, Antik Yunan'daki *epieikes* veya *epieikeia*'ya dayanır. Antik Yunan'da da bu kavram üzerinde en çok duran filozof *Aristoteles* olmuştur. Roma'yı da etkileyen ve *aequitas* kavramının

oluşmasını ve gelişmesini sağlayan , çoğunlukla *Aristoteles* olmakla birlikte, aslında Antik Yunan düşüncesinin tamamıdır. *Cicero* gibi Romalı filozof ve hatipler, *epieikeia* kavramını *aequitas* olarak Latince'ye çevirmişlerdir.

Yunanca *epieikes*'i etimolojik olarak incelersek, öncelikle aynı gramatik köke dayanan *epieikes*, *menoikes* (tatminkar, yeterli), *aeikes* (yetersiz, doğal olmayan) kavramları aynı şeyleri ifade etmez ancak düşünsel ve ahlak duygusuna hizmet ederler. Fiil hali *epeoike* (hoşa giden) olan *epieikes* sıfatı, normatif anlamda, uygun, makul, akla uygun, adil, insafli, ölçülü anlamındadır. Ayrıca *epieikes*, kanunların (*nomos*) çok sıkı uygulamasını işaret eden *dikais*'in (hukuk, adalet, doğruluk) zıttı olarak kullanılmıştır. Bunun yanı sıra zarf olan *epieikos* ile aynı yönde anlam taşır.

Platon'un büyük zenginlikteki eserlerinde, *epieikes* ve *epieikeia* kavramları çoğunlukla geniş kapsamlı kullanılmıştır. Fakat *Platon*'da ilk ve açık *epieikeia* tanımı: "Bir kişinin kendi kişisel hak ve menfaatlerinden feragat etmeye hazır olması; insan ilişkilerinde ölçülü ve ılımlı olma; iyi ve kötüye dikkat ederek, akla mantığa uygun hareket etmek." şekillerinde tanımlanmıştır.

Nikomakhos'a Etik'in iki bölümü, *Aristoteles*'in *epieikeia* teorisini genişliğine çıkartır. Bu bölümlerden ilki X. Kitabın 5. Bölümü, 6. paragrafıdır. Bu bölümde filozof ilişkili kavramların ortak ve anadile ait kullanımlarını ele almıştır. Diğer bölüm ise V. Kitabın 10. Bölümü, 8. paragrafıdır. Bu bölümde ise *dikaosune* ve *epieikeia* arasındaki ilişki üzerine olan problem tartışılmaktadır.

Aristoteles'e göre, bütün örf ve adete dayalı (ahlaki) erdemler içinde en önemlisi “adalet”tir. *Aristoteles'e* göre adalet'in birçok görünüm ve anlamı vardır. Adaletli ve hakkaniyetli aynı soydan gelmektedir. Ancak hakkaniyet adalete göre daha üstündür, çünkü kanuna dayanan adaleti düzeltici yönü vardır. Gerçekten de hakkaniyet, kuralları eğebilir ve bükebilir, her özel olaya göre evrensel ilke ve kuralları uygular, tabii ancak bu kurallar kanun koyucu tarafından düşünülüp emredilmemişse.

Epieikes ve *epieikeia* kavramlarının teknik manada anlamlarına bakacak olursak, “hakkaniyetli” ve “hakkaniyet” başta gelir. Bu kavramlar da şunları temsil eder; “eşitliğe uygun davranmak”, “somut olayda adalet”, “kanundan kaynaklı adalet anlayışının ıslahı”, “aynı olaya (duruma) aynı uygulama”. İkinci olarak bu iki kavram “amaca uygun olma” ve “uygun, yararlı” anlamları da diğer genel anlamlarına dahildir.

Ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılayabilmek için praetor'un gerçekleştirdiği faaliyetler, *aequitas* (hakkaniyet)'in ortaya çıkmasında en önemli etken olmuştur. Bu yeni ihtiyaçların karşılanamaması, katı ve şekilci *ius civile*'nin uygulanmasında ısrar edilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğundan *aequitas* (hakkaniyet) kavramı, *praetor*'ların faaliyetleri ile birlikte Roma Hukuku'na girmiştir. Uyuşmazlıklarda *praetor*'un *aequitas*'ı gözeterek yargılamaya yön vermesi yanında bu dönemde Romalı hukukçular ve düşünürler de bu kavramın felsefi ve hukuki temellerini oluşturmaya çalışmışlardır.

Hakkaniyet, Antik Roma'nın hukuk deneyiminde anlaşılması en zor kavramlardan birisidir. Yine hemen hemen bütün değişik anlamları,

aequitas'ın asıl anlamı olan hakkaniyet ile “yürürlükteki hukuk (*ius*)”un zıt anlamı olarak kullanılan *aequitas* kavramı arasında gidip gelmektedir.

Etimolojik olarak, *aequor* (düz yüzey), *aequalis* (düz, düzgün, denk, eşit, aynı, tıpkı, benzer), *aequare* (düzeltmek, düzlemek, eşit kılmak, aynı düzeye getirmek; kıyaslamak, eşit olmak) kelimeleri ile aynı kökten gelen *aequitas*, herhangi bir tarafa eğilmemiş düz bir alan görüntüsünü kasteder. Tam olarak “eşitlik” ile eş anlamlı değilse de, “*suum cuique tribuere*” kuralı ile ilişkili, “aynı vakalara aynı şekilde davranmak”, “karşit ihtiyaçlar arası uzlaşma” veya “karşit menfaatler arasında denge” yi ifade eder. Aynı zamanda *aequitas*, hukukun esas idealini açıklığa kavuşturmaya hizmet eder.

Aequitas'ın hukuk ile ilişkisini anlamak için iki yol vardır: Varolan hukuk kurallarının özündeki gerekçe ve temeli olarak *aequitas*. İkinci olarak, hukukun amaçladığı nesnel ölkü olarak *aequitas*. Bu ikincisi, toplumsal vicdanın adalet duygusuna uymayan bu kuralların değiştirilerek yeni kural oluşması gerektiğini belirleyendir. *Aequum* kavramının bu ikinci görünümü, “*summum ius summa iniuria* (en büyük hak en büyük haksızlık olabilir)” özdeyişini içeren *Antonius Pius* emrinde yer alan ve *Marcellus* tarafından *D. 50.17.183*'te aktarılmış o tekrar eden ifadelerin anlamlarını ve sebebinin idrak edilmesi olanağını bize sunar.

Modern kavram hakkaniyet, *epieikes* ve *aequus* köklü iki kaynaktan ortaya çıkmıştır. *Epieikeia* ve *aequitas* kavramlarının anlamlarının çokluğuna rağmen, günümüzde de anlamlarını koruduklarını ve var olduklarını söylemek yanlış olmaz. Ortak payda da buluşan bu iki Yunan ve Latin diline ait

kavramlar hakkaniyet denildiği zaman “kanunun (hukukun) ruhu”nu ifade eder.

Cicero'nun *aequitas* anlayışına bakacak olursak, bu anlayışının onun adalet üzerine olan düşüncelerinden ayrılamayacağını görürüz. *Cicero*'nun adalet üzerine yaptığı birçok tartışma ve açıklamaya bakacak olursak, bu tartışmalar sırasında *aequitas* kavramının anlam ve önemi üzerinde birçok kereler durduğunu ve birçok hitabında da *iustitia*, *fides* ve diğer ilgili kavramlar üzerinde durduğunu görürüz.

Şüphesiz ki *Cicero* hakkaniyete ilişkin hukuk felsefesinde, *Platon* ve daha da çok *Aristoteles* gibi Antik Yunan düşünürlerinin ileri sürdükleri görüşlerden etkilenmişlerdir. Aynı zamanda *Stoacı* düşünürlerin fikirleri de *Cicero*'nun hukuk felsefesi ve özellikle hakkaniyete ilişkin fikirlerinin oluşmasına katkıda bulunmuşlardır.

O dönemlerdeki genel görüş, adaletten farklı olarak *aequitas* başlıca ve esaslı erdemlerden birisi olarak kabul edilmez. Fakat *Cicero*'da adalet ile çok yakın ve sıkı ilişkide olduğu kabul edilir ve önemli erdemlerden birisi olarak kabul edilmiştir. *Cicero*'nun *De re publica* adlı eserinde söz edilen adalet, hakkaniyet ve iyiniyet üçlü erdemler olarak, *ius civile* ve *ius gentium* gibi önemli kavramlar arasında sayılmıştır. *Cicero*'ya göre adalet ile hakkaniyet arasındaki ilişki, her ikisinin de aynı kaynaktan, tabii hukuktan geliyor olmasına dayanır.

Cicero'da *aequitas*'ın önemli bir görünüşü de “*summum ius summa iniuria* (ne kadar çok hukuk (kural) o kadar büyük adaletsizlik) kuralından

gelen, *ius strictum* (*summum ius*) ile zıtlığıdır. Mantiğı şudur: hukuk ne kadar katı ise sonuç o kadar adaletsiz (bundan dolayı hakkaniyete aykırı) olur.

Hakkaniyeti sağlayan organ olarak *praetor*'ların geçmişine bakacak olursak çok gerilere gitmek gerekir. M.Ö. 510 yılında cumhuriyetin kurulması ile birlikte artık *imperium* (egemenlik) tek kişinin elinde değildi. Bu nedenle *patricius*'lar kralın sahip olduğu *imperium*'u yeni ilke ve esaslara göre yerine getirecek bir organın kurulması gereği ve zorunluluğunu bu makamı kurarak yerine getirmeye çalışmışlardır. Fakat *imperium*'u kullanacak bu organın Roma'da kendi mutlak egemenliğini kurmasına engel olmak için, mülkî, askerî, kazaî yetkiler kendisine verilecek kişinin bu yetkileri kullanmaları belirli bir süre ile sınırlandı. Cumhuriyet Dönemi'nde, önceden kralın sahip olduğu yetkileri kullanmak üzere, *patricius*'lar içinden iki *consul* halk meclisi tarafından seçilmeye başlandı ve bu *consul*'lerin görev süreleri de bir yıl ile sınırlandı. Böylece, hayatı süresince iktidarda kalan tek bir şefin yerine her sene yenilenen iki makam kurulmuş oldu. *Consul*'ler bu dönemde aslında halka ait olan iktidarı onun adına kullanmaya başladılar. *Consul*'lere aynı zamanda yürütme görevleri dolayısıyla "*Magista*"da denilmeye başladı. Sonraları *magistra* ünvanı üst düzey devlet görevlilerinin genel adı olarak yerleşti. Bu *consul*'lere, ordunun önünde giden (*praeire*) komutan olmaları nedeniyle *praetor* adı da verilmişti. M.Ö. 367 yılında *Lex Licinia Sextia* ile iki *consul*'e ek olarak üçüncü bir *consul*lük daha kuruldu. *Consul*lük makamına verilen isimlerden birisi olan *praetor* ismi de sonraları sadece kurulan üçüncü makama kaldı. Bu dönemde savaşların artması nedeniyle *consul*'ler değişik cephelerde ordu yönetmek zorunda kalınca, Roma'da yönetim ve yargı

işlerini yürütecek üçüncü bir kişiye gereksinim duyuldu. Bu nedenle ilk olarak M.Ö. 367 yılında seçilen bu üçüncü *consul* de halk meclisi tarafından seçilecek ve bir yıl iktidarda kalacaktı. Bu üçüncü *consul*, diğer *consul*lerin yetkilerine sahip olmakla birlikte, bu *consul*'ün görevi yargılama işlerini yönetmekti. Zamanla yargılama işleri de çoğalınca, Roma vatandaşları ile yabancılar ve değişik kökenli yabancılar arasında çıkan hukukî anlaşmazlıkları çözmek için yeni bir *praetor*'a gereksinim duyuldu. M.Ö. 242 yılında seçilen bu *praetor*'a , onu diğer yargı işlerini düzenleyen *praetor*'dan ayırmak için, "Yabancılar *Praetor*"u anlamına gelen "*Praetor Peregrinus*" adı verildi.

Bu tarihten sonra faaliyeti Roma vatandaşları arasındaki anlaşmazlıkları çözmekle sınırlandırılan ilk *praetor* ise "Şehir *Praetor*"u anlamında "*Praetor Urbanus*" adıyla anılmaya başladı. *Praetor Urbanus*'un yargı alanındaki yetkileri daha genişti.

Konumuz açısında *praetor*'un en önemli fonksiyonu, bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklarda, hangi hukuk kuralının uygulanacağını belirleyerek direktif mahiyetinde bir karar vermek; ve hakime, bu direktife göre hareket ederek, taraflar arasında bir hüküm vermesini emretmektir. Bu fonksiyonuna *iurisdictio* denilirdi. Bu durumda, bireyler arasında ortaya çıkması mümkün olan her türlü uyuşmazlık, öncelikle *praetor* önüne getirilir; fakat *praetor*, olayın bütün unsurlarını inceleyerek bir hüküm vermek sorumluluğu altında değildir. Hükmü vererek uyuşmazlığı çözecek olan, tarafların *praetor*'dan sonra önüne gittikleri özel bir kişi, yani yargıçtır. Bu nedenle çeşitli olayların ayrıntıları, iddiaların dayandığı delillerin değerlendirilmesi ve bunlara

dayanarak haklı tarafın hangisi olduğunun belirlenmesi gibi uzun ve yorucu işlerden uzak kalan *praetor*, sadece hangi davanın ve ne şekilde görüleceğini düzenlemekle ilgilenir. Genel olarak adaletin dağıtılması işinin, sürekli en iyi hale gelebilmesi için, edinilmiş bütün tecrübelerden serbestçe yararlanma imkanını bulurdu.

Roma'da hakların korunmasının gelişiminde, iki farklı görüşün ürünü olan iki ayrı usul ve icra sistemi vardı. Krallık Döneminden başlayarak M.S. 342'ye, yani yaklaşık olarak dördüncü yüzyılın ortalarına kadar hakların korunması, bazı gelişmelerle birlikte, kural olarak, devletin yönetme ve denetim yetkisine rağmen özel kişilerin etkinliklerinin ağır bastığı bir sistem içinde düzenlenmişti. Çünkü, bu dönemde özel kişiler arasındaki anlaşmazlıkların çözümü, devletin koruyuculuğu altında yürütülen, özel kişilerin faaliyet alanına giren bir iş olarak görülüyordu. Bu nedenle Özel Yargılama Usulü (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) adı verilen bu sistemde devletin temsilcisi olarak, iddianın dava konusu olup olamayacağı konusunda karar veren ve iddia sahibine bir dava imkanı sağlayan *magistra* idi. Bu davanın görülmesi koşullarını belirleyen *magistra*'nın fonksiyonu, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili faaliyetleri denetlemek ve yönetmekti. *Magistra* tarafından uygun bulunan ve koşulları saptanmış olan davaların görülmesi ve sonuçlandırılması, uyuşmazlığın taraflarının aralarında kararlaştırdıkları ve *magista*'nın yetki verdiği özel bir kişiye, daha doğrusu özel yargıca bırakılıyordu.

Özel Yargılama Sistemi'nde dava iki aşamada görülüyordu. *Magistra* önündeki aşamaya *in iure* adı veriliyordu. Herhangi bir uyuşmazlık çıktığında,

bir hakkının ihlal edildiği iddiasında olan taraf, hakkını ihlal ettiğini öne sürdüğü kişiyi *magistra* önüne çağırıyordu. *Magistra* tarafları dinledikten sonra, iddia sahibi kişinin iddiaların doğru olduğuna kanaat getirirse ona bir dava imkanı tanınıyordu. Sonrasında *magistra* davanın koşullarını saptıyordu ve tarafların üzerinde anlaştıkları özel bir yargıca davayı görme ve onu sonuçlandırma yetkisi tanıyordu. Davayı görecek yargıcın ve dava koşullarının saptanması işlemine *litis contestatio* adı veriliyordu. İki aşamalı olan davanın ilk aşaması olan ve *magistra* önünde yürütülen *in iure, litis contestatio* ile sona eriyordu.

Davanın ilk aşaması tamamlandıktan sonra taraflar, özel yargıç önüne gidiyorlardı. Bu ikinci aşamaya ise *apud iudicem* (yargıç önündeki) adı verilmişti. Taraflar bu yargıç önünde *magistra*'nın saptadığı konular hakkındaki iddia ve savunmalarını yapar, delillerini sunarlardı. Yargıcın vereceği mahkumiyet veya beraat kararı ile dava sona ererdi, çünkü bu karar kesin hüküm (*sententia*) niteliğindedir.

M.S. 294'ten itibaren, hakların korunmasını, başka bir deyişle yargı fonksiyonunu tümüyle devletin görevleri arasında sayan görüş egemen oldu. Bu görüş, Özel Yargılama Sistemi'nin yerine, Sistem Dışı Yargılama'nın (*Cognitio Extra Ordinem*) almasına sebep oldu. Sistem Dışı Yargılama'da, dava, başından sonuna kadar artık devlet memuru olan yargıcın önünde ve tek bir aşamada görülüyordu.

Özel Yargılama Sistemi'nin ağırlık merkezini, birinci aşamayı (*in iure* aşamasını) sonuçlandıran "*litis contestatio*" (davanın tespiti) işlemi oluşturuyordu. *Litis contestatio*, bu sistemin uygulandığı dönem içinde önemli

bir gelişim göstermişti. Bu nedenle de Özel Yargılama Sistemi'ni iki farklı usulün uygulandığı iki gelişim aşamasında incelemek gerekmektedir: *Legis actio* (kanuni davalar) usulünün uygulandığı dönem ve *Formula* usulünün uygulandığı dönem.

Gaius'un *Institutiones* adlı eserinden hakkında bilgi edindiğimiz *legis actio*'lar usulü, Özel Yargılama Sistemi'nde ilk uygulanan usuldü. Bu usul katı ve şekilci kurallara sahipti. Tam anlamıyla *Ius Civile*'nin uygulanmasının usulünü içeriyordu. Bu usul Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında yerini *formula* usulüne bırakmaya başladı. Çalışmamız için asıl önemli olan usul hukuku sistemi *praetor*'ların yetkilerinin genişlediği ve hakkaniyeti sağlamaya yönelik faaliyetlerinin arttığı *formula* usulü dönemidir. *Praetor*'ların bu anlamdaki faaliyetleri ile bu usulün gelişimi paralellik arz eder.

Roma Özel Hukuku'nda *actio*'ların büyük önemi ve özel durumu vardır. Çünkü hakların tanınmasında ve hukuk kurallarının oluşmasında, yani Roma Hukuku'nun gelişmesinde *actio*'lar büyük rol oynamıştır. Roma Hukuku'nun gelişmesi, Roma Usul Hukuku'nun gelişmesine paralel olmuş ve hakların durumu, bu haklar için öngörülmüş Usul Hukuku imkanlarına bağlı kalmıştır.

Roma'da, Usul Hukuku'nu harekete geçiren araç, yargı makamlarına, mahkemelere ve eski Roma'da *praetor*'a başvurmak anlamında, *agere*'den gelen *actio*'dur (dava hakkı) . *Agere*'nin eski anlamı sevk etmek, yönlendirmek, yürütmektir.

Actio (dava), hakkının çiğnendiği kanısında olan kişinin adaleti sağlamakla görevli makamlara başvurarak, hak sahibi olduğunu, bu hakkı kendisine tanıyan hukuk kuralına aykırı davranıldığını ispat etmek ve

dolayısıyla öngörölmüş müeyyidelerin uygulanmasını istemek yetkisi, şekilde tanımlanabilir.

Praetor'lar, kendilerine getirilen hukuki uyuşmazlıklarda öne sürölen ve *ius civile*'ce bir davaya bağlanmamış olan hak iddiaları için, uygun bulurlarsa, bir dava olanağı tanıyabiliyorlardı. *Praetor* tarafından tanınan bu davalara, onları "*actio in ius*" dan ayırmak için "*actio in factum*" adı veriliyordu. Bu davaların tam adı "*actio in factum conceptae*" idi. *Ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığından *ius civile*'ye göre davası olmayan, fakat *praetor*'un, korunmasını hakkaniyete uygun bulduğı için bir *formula*'nın *intentio*'suna ekleyerek bahsettiğı bir olaya dayanan *praetor* davalarıydı. Hakim, o olayın doğruluğunu tespit edebildiğı takdirde, davalıyı mahkum ederdi.

Praetor'ların koruma yollarından birisi olan *actio*'lara (davalara) bir diğör örnek ise "*Actio in bonum et aequum conceptae*" adını alan *praetor* davalarıydı. Bunlarda, *formula*'ların *condemnatio* kısmında, hakime davalıyı, hakkaniyetin gerektirdiğı şekilde mahkum etmesi emri bulunan *praetor* davalarıydı.

Actio in bonum et aequum conceptae'nin *iudicia bonae fidei*'den (hüsnüniyet davaları) farklı bir grup olup olmadıkları tam olarak anlaşılamamaktadır. *Iudicia bonae fidei*, *formula*'ların *intentio* kısmında "*ex fide bona*", yani "hüsnüniyetin icabına göre" kelimeleri bulunan ve hakime, hal ve durumun icabına göre hakkaniyete uyulabilmesi için, akitle birlikte yapılan *pactum*'ları da dikkate alarak geniş bir takdir imkanı bırakan "*in ius*" yani

şahsi davalar ve hüsnüniyet davalarıdır. *Iustinianus* hukukunda hemen hemen bütün davalar bu nitelikteydi.

Praetor'ların hakkaniyet sağlamaya yönelik yarattıkları bir diğer dava türü de *actio utilis* idi. *Actio utilis*, mevcut olan bir *ius civile* davasının veya bazen de bir *praetor* davasının, uygulama alanını genişletmek için, genellikle *intentio*'ya bir *fictio* (faraziye) ekleyerek, *praetor*'un yarattığı dava türüdür.

Actio utilis'in bir alt türü olan davalardan *actio ficticiae* konumuz açısından önem arz etmektedir. *Actio ficticiae*, *praetor*'un, herhangi bir ilişkiyi koruyan bir *ius civile* davasının *formula*'sı içinde, *ius civile* tarafından korunması için bulunması gereken, fakat olayda bulunmayan bir unsur, var farz ederek (*fictio*) dahil etmek suretiyle oluşturduğu *utiles* davaların bir türüdür. Bu şekilde *praetor*, *ius civile* davasını, bir unsur eksik olduğu için korunamayan yeni bir olaya teşmil ederek onu koruyabilmekteydi.

Def'i, *praetor* tarafından davalı tarafa tanınan ve *formula* usulünde ortaya çıkmış savunma araçlarındandır. *Praetor*, *ius civile*'nin bir davaya bağladığı bir hak iddiası karşısında iddia sahibinin dava açma olanağını elinden alamazdı; ama karşı tarafı dinledikten sonra bu davanın açılmasını haksız, adalete ve hakkaniyete aykırı bulursa, dava edilene karşı iddiasını bir def'i şeklinde öne sürmek hakkını verirdi. Böylece, davalı öne sürdüğü def'iyi ispat edebilirse, yargıç tarafından beraat ettirilmesi gerekirdi. Sonuç olarak, *ius civile*'nin tanıdığı bir dava, *praetor*'un davalı'ya verdiği bir def'i ileri sürme olanağı ile etkisiz bırakılabiliyordu.

Exceptio (def'i), *praetor* tarafından oluşturulan ve *formula* usulünde, *formula*'nın içine, *intentio* ile *condemnatio* arasına eklenen, davalı lehine

şartlı bir cümledir. Bununla, davacının iddiası reddedilmemekle birlikte, davalının mahkumiyeti, def'i ile ileri sürülen olayın mevcut olup olmamasına bağlanmaktaydı. Sistem dışı yargılamada (*cognitio extra ordinem*), *formula* usulünde olduğundan farklı olarak; def'iler, davalının mutlaka beraat etmesini sağlamayıp, karar üzerinde etki edebilirler ve hakim tarafından göz önünde tutulurlardı.

Praetor'ların adalet ve hakkaniyete aykırı durumları gidermek için yarattıkları çözüm yollarından birisi de *restitutio in integrum* (eski hale getirme) dir. Pratikte eğer kendisine belirli bir hukuki işlem uygulanmamış olsa veya haklarına zarar veren bir olay vuku bulmuş olmasa bu duruma düşmeyecek olan bir kişinin haline döndürmedir.

Bazı durumlarda *praetor, ius civile*'ye göre geçerli bir biçimde yapılmış olmakla beraber, sonuçları hakkaniyet ve adalete uygun bulunmayan hukuki fiil ya da işlemleri, bu fiil ya da işlemde zarar gören kişilerin başvurmaları üzerine, olmamış, yapılmamış sayabiliyordu. *Extraordinarium auxilium* adı verilen bu olağandışı çare, *praetor*'un hakkaniyet düşüncesine dayanarak tanınmıştır. Bir çok durumda, *in integrum restitutio, praetor*'un beyannamesine eklenir. Eski hale iadenin Roma'da uygulama alanı çok geniştir. Hata, hile, ikrah etkisi altında yapılan işlemlerde, küçüğün yaptığı işlemlerde ya da sonradan *capitis deminutio*'ya çarptırılmış kişilerin işlemlerinde, alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yapılan hukuki işlemlerin iptal edilmesi mümkündür.

Bazı durumlarda da, *praetor*, kendisine başvuran bir kişinin haklı durumunu koruyabilmek için, bu durumu ortadan kaldırmaya çalışan kişilerin

bu davranışlarını yasaklayabilirdi veya bir şey yapmaları veya yapmamaları konusunda emir verebilirdi. Bu yasağa uymayan kişiye karşı, *praetor*, durumunu korumak istediği kişiye bir dava açma hakkını tanıyordu. *Formula* usulü zamanında *praetor*'un ve eyaletlerde valilerin bazı hallerde, *imperium*'larına dayanarak, hakimin karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde, ihtilafı bir işin yapılmasını yasak veya emretmek suretiyle halletmeleri *interdictum* olarak adlandırılırdı. Normal dava usulüne oranla daha esnek olan bu vasıta ile, tarafların ileri sürecekleri bütün sebepler incelenip araştırılmadan, süratli bir şekilde, *ius civile*'nin düzenlemediği bazı durumların, hukuken korunmasını sağlamak amacı güdüldü. Geçici bir usül olduğundan, taraflar isterlerse, ayrıca şahsi dava açarak hakimin kararına göre, *interdictum* hükmünü değiştirebilmekteydiler. *Interdictum*'lar özellikle zilyetliği korumak amacıyla kullanılmış araçlardı.

Missio in bona veya *missio in possessionem* olarak adlandırılan bu uygulama ile *praetor*'lar korunmalarında hakkaniyet gereği gördüğü bir takım kişilere, *ius civile* hükümlerine göre, başkalarına ait malların tümünün ya da bir bölümünün fiili hakimiyetini ellerine geçirme yetkisini tanıyabiliyorlardı. Yani, bu kişilere, o malların zilyetliğini sağlayarak, açılacak davada o kişilerin durumunu güçlendirebiliyorlardı.

Roma'da *praetor*'ların, eyaletlerde *proconcul*'lerin *imperium*'larına dayanarak bir kişiye, mülkiyeti başkasına ait bir mal üzerinde, çeşitli sebeplerle, fiili hakimiyet tanımaları. Malı alan her zaman tam zilyet olamaz, bazı hallerde *praetor*'un izni ile malı satabilir, başka bazı durumlarda ise *interdictum*'lardan yararlanabilirdi. Eğer *missio in possessionem*'e sebep olan

durum devam ederse, *praetor* bunu yenileyerek, gerçek bir zilyetlik haline getirir ve o durumda zamanaşımı ile kazanmaya elverişli zilyetlik olurdu. Bu çözüm yolu birçok hukuki sorunda uygulanmaktaydı. Örneğin *damnum infectum*'da (D. 39.2.7) olduğu gibi bir tarafı belli teminatlar vermeye zorlama yöntemidir. Miras hukukunda ise (D.36.3.5.1) bazı davalarda vukuu şüpheli hisselerin himayesi için kullanılır. *Ventris nomine* (D.25.5.1) ya da diğer davalarda hükmün infazına yönelik bir adımdır.

Praetor'un hakkaniyeti sağlamak için tanıdığı son çözüm yolu davanın reddi idi. Roma'da bu tip dava açma hakkının reddedilmesine *denegatio actionis* adı veriliyordu. *Praetor*'un, davacıya, hakim önüne gitme imkanını tanımaması, yani genellikle kendisinin, istediği *formula*'ya ona vermemesi durumuydu. *Praetor*, genellikle, dava hakkı tanımayacağı halleri *edictum*'unda beyan etmekle beraber, hukuka, ahlaka veya hakkaniyete uygun olmadığını, veya mutlaka kaybedileceğini gördüğü iddialara bakarak, talep olunan *formula*'ları da reddedebilmekteydi.

Bir davanın reddedilmesi, özel bir *praetor* çözümü olarak kabul edilmelidir. Çünkü pek çok davada, bir işleme maruz kalan yasal etkiden mahrum bırakmak için faaliyet gösterir. Böylece -her ne kadar öyle adlandırılmasa da- bir *restitutio in integrum* gibi hareket eder.

Ius civile-ius honorarium ayrımı, hukuku yaratan güçler bakımından yapılmaktadır. Bu bakımdan, *ius honorarium* karşısında *ius civile*, kaynağı halk olan hukuku temsil eder. Bir başka deyişle, halk meclislerinin kararlarına, yani kanunlara, örf ve adete ya da bunlara benzer bir hukuk kaynağına dayanan hukuku ifade eder. Nitekim, bu anlamda, hukukçuların,

hukuku geliştiren çalışma, inceleme ve araştırmaları, *Principatus* Dönemi'nde *senatus*'un kararları da *ius civile*'nin kapsamına girer. *Ius Honorarium* ise, resmi bir makamın koyduğu hukuk anlamındadır. Burada “*honor* (şeref)” sözü, Roma'da yüksek devlet işleri Cumhuriyet Dönemi'nde ücretsiz, bir çeşit şeref olarak görüldüğünden, resmi devlet makamını ifade etmektedir.

Roma toplumunun yeni gereksinmelerinin karşılanamadığı dönemlerden itibaren yukarıda andığımız sebeplerden dolayı, *ius civile*'nin uygulayıcısı durumunda olan *praetor*'a verilen yetkilerle, *praetor*, *ius civile*'yi uygularken, bu uygulamayı kolaylaştırmak, boşluklarını doldurmak, toplumun ve zamanın yeni ekonomik ve toplumsal koşullara uydurabilmek için *ius civile*'nin bazı kurallarını değiştirme, düzeltme olanağını elde etti. Bu nedenle *praetor*'ların Roma Hukuku'nun gelişimi üzerine olan etkileri, yeni hukuk kuralları koymak biçiminde değil, usul hukuku alanındaki faaliyetleri sırasında yani dolayısıyla olmuştur.

Ius Honorarium'un yürürlük kaynağı *Edictum* (Beyanname)'dir. Beyanname ilk zamanlarda *Album* adıyla anılmıştır. *Edictum*, kanunla örf arasında; bir taraftan, kanun gibi iyi düşünölmüş; diğer taraftan, zamanın şartlarına uyan örf ve adetler gibi; hem muhafazakar hem ilerici; bir taraftan sabit kuralları, diğer taraftan gelişmelere uyan kurallar içeren yeni bir hukuk kaynağı idi. Bir tarafta sabit bir kısmı, diğer tarafta hareket halinde ilkeleri içerdıği için, hukukta gelişmeyi sağlar, fakat bunun ani hamleler halinde olmaması da sağlanmış olurdu.

Praetor'lar, yargılamaya ilişkin faaliyetleri sırasında uygulayacakları hukuk kurallarını saptayıp halka bildiriyorlardı. Başlangıçta, bu bildirme, halk

meclisler halinde toplu bulunduğu sırada sözlü olarak yapılıyordu. Bu bildiriye, *eddicere* (açık olarak beyan etmek, bildirmek) fiilinden türetilerek “*edictum*” adı veriliyordu. Sonraları bu bildirilerin adı, “*edictum*” olarak kalmakla birlikte, yazılı olarak yapılmaya başlandı.

İlk zamanlarda *praetor*, görevine başlarken yayımladığı bildiriden ayrılma özgürlüğüne sahipti. Ancak, bu durumun bir takım kötüye kullanmaya yol açması nedeniyle bu olanak kaldırıldı ve M.Ö. 67 yılında çıkarılan “*Lex Cornelia*” adlı kanunla, *praetor*’lar yayımladıkları bildirilere bağlı kalmaya mecbur tutuldular. Böylece, *praetor*’un görev yılı başında yayımladığı bildiri bütün görev süresi boyunca yürürlükte kaldığından, “sürekli bildiri (*edictum perpetuum*)” adını aldı. Ancak yeni durumlar ve koşullar gerektirdiğinde *praetor*’ların yeni ek bildiriler çıkarma hakları vardı. *Praetor*’ların görev süreleri bir yıl sürdüğünden, yayımladıkları bildiriler de bir yıl yürürlükte kalıyor ve yıl sonunda kaldırılıyorlardı. Böylece, görev başına gelen bir *praetor*, hiçbir şekilde kendisinden önce görevde bulunmuş olan *praetor*’un bildirisiyle bağlı değildir. İsterse onu tamamen kaldırabilir, isterse kısmen değiştirerek yayımlayabilirdi; eski bildiriye olduğu gibi benimseyerek yayımlamak hakkı da vardı.

Yeni *praetor*’un , eski *praetor*’un bildirisini hiçbir değişiklik yapmaksızın olduğu gibi yeniden yayımlaması, zamanla gelişen ve değişen toplumun yeni gereksinmelerinin yeni hukuki koruma yollarını zorunlu kılması nedeniyle çok rastlanmayan bir durumdu. Romalıların eskiye, geleneklere sıkı sıkıya bağlı düşüncülerinin, etkisiyle eski bildirin tüm olarak değiştirilmesi yoluna da, çoğu kez, zorunlu olmadıkça başvurulmuyordu. Genellikle, her yeni gelen

praetor, kendisinden önceki *praetor*'un bildirisinden hala bazı gereksinmelere karşılık veren bölümleri kendi bildirisine alıyor, bunlara yeni koşulların gerektirdiği eklentiler yapıyordu. Böylece, giderek yerleşen bu gelenek, zamanla genişleyen bir grup hukuk kurallarının bir bildiriden diğerine aktarılması sonucunu doğurdu. Bu durum, sayıları yıllar geçtikçe artan bazı temel ilke ve kuralların, *praetor* bildirilerinin sürekli olarak geçerli olan bölümünü oluşturmasına yol açtı. Böylece, *praetor* bildirileri, bir yandan, giderek, saptanmış kurallardan oluşan bir derleme niteliği kazanırken, öte yandan, sürekli olarak değişme ve gelişme içinde olan bir hukuk kaynağı olarak ortaya çıktılar. İçinde, geçmişte denenmiş olan bazı ilkelerin saklandığı *praetor* bildirileri, değişen toplum koşullarının gereksinmelerine uygun olarak sürekli bir değişme ve yenilenmeye açık bir özellik taşıyordu. *Praetor* bildirileri bu özellikleri dolayısıyla çağlarındaki hukukun sürekli bir gelişme ve ilerleme ögesini oluşturuyorlardı. Nitekim, *praetor*'ların yargılama alanındaki faaliyetleri, özellikle de beyannameler yoluyla yerleşen hukuk kuralları ve hukuki kurumlar giderek hukukun özel bir bölümü olarak görülmeye başlandı. İşte özel hukukun bu yeni bölümüne, *ius honorarium* adı verilerek, bu kurallar bütünü, eski örf ve adetler, kanunlar, hukukçuların faaliyetleri ve *senatus*'un kararlarından oluşan *ius civile*'den ayrıldı. Sert, katı, biçimlere ve kalıplara sıkı sıkıya bağlı geleneksel *Ius Civile* Sistemi'nin karşısında, hak ve adalet duygusunun gereklerine uyan, iyiniyet kurallarına yer veren, toplumun gelişen ve değişen gereksinmelerini karşılayan ve daha ileri bir hukuk idealine yönelen *Ius Honorarium* Sistemi yer aldı.

Principatus Dönemi'nin sonlarına doğru artık özel hukuk işlerini düzenlemek ve yönetmek için bir *praetor* atanmaz oldu. Bu görev de imparatorluk memurlarına devredildi. Gerçekte, imparator *Augustus* zamanından beri eski, iki aşamalı yargı usulünün yanı sıra uygulanmaya başlanan yeni yargılama usulü olan Sistem Dışı Yargılama giderek yaygınlaşıyordu. Davanın başından sonuna kadar tek bir makam önünde görülen bu usul, giderek uygulanan tek yargılama usulü haline geldi ve *praetor*'ların yerini de imparatorluk memurları olan yargıçlar aldılar. Öte yandan, M.S. 284 yılında mutlak imparatorluk rejiminin kurulması ile imparator emirnameleri hukukun tek ve mutlak kaynağı durumuna geldi. Böylece *ius civile* ile *ius honorarium* arasındaki fark giderek ortadan kalktı ve bu iki hukuk sistemi *Iustinianus* zamanından önce tamamen birleşti. Bu birleşme de iki hukuk sistemi arasında birbiri ile uyuşmayan noktalarda daha yeni olan *ius honorarium*, daha eski olan *ius civile*'nin yerine geçti.

Roma toplumunun yeni gereksinmelerinin karşılanamadığı dönemlerden itibaren, *ius civile*'nin uygulayıcısı durumunda olan *praetor*'a verilen yetkilerle, *praetor*, *ius civile*'yi uygularken, bu uygulamayı kolaylaştırmak, boşluklarını doldurmak, toplumun ve zamanın yeni ekonomik ve toplumsal koşullara uydurabilmek için *ius civile*'nin bazı kurallarını değiştirme, düzeltme olanağını elde etti. Sonuç olarak, *Praetor*'ların bu faaliyetleri ve Romalı hukukçu ve düşünürlerin çalışmaları ve öne sürdükleri fikirler doğrultusunda adaletin somut olaydaki görünümü olan "*aequitas*" kavramı Roma Hukukunda yerleşti.

ÖZET

Aequitas özünde adalet kavramı ile ilgilidir. Söz konusu olan hukukun vaz ettiği genel kuralın özel durumlarda sebep olabileceği haksızlıkları, adaletsizlikleri önlemek ya da ortadan kaldırmaktır.

Antik Yunan'da “επιεικεια (epieikeia)”, Latince'de “aequitas”, İngilizce'de “equity”, Fransızca'da “équité”, Almanca'da “Billigkeit” terimleri ile ifade edilen bu kavramın karşılığı olarak “hakkaniyet” kavramı kullanılmıştır.

Hakkaniyet kısaca “somut olay adaleti” olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda hakkaniyet ile adalet kavramları birbirleri ile sıkı ilişki içindedir. Hatta birçok yabancı sözlükte ve kaynakta hakkaniyetin karşılığının adalet olarak verildiği de görülmektedir.

Aequitas kavramı Berger'in Roma Hukuku Sözlüğü'nde şu şekilde tanımlanmış ve açıklanmıştır:” Adalete (iustitia, iustum) ilişkin fakat pozitif hukuktan ayrılan, hak (ius).

Roma'daki aequitas kavramı, Antik Yunan'daki epieikes veya epieikeia'ya dayanır. Antik Yunan'da da bu kavram üzerinde en çok duran filozof Aristoteles olmuştur. Cicero gibi Romalı filozof ve hatipler, epieikeia kavramını aequitas olarak Latince'ye çevirmişlerdir. Cicero'nun aequitas anlayışına bakacak olursak, bu anlayışının onun adalet üzerine olan düşüncelerinden ayrılamayacağını görürüz.

Hakkaniyeti sağlayan organ olarak praetor'lardır. Praetor'lar, kendilerine getirilen hukuki uyuşmazlıklarda öne sürülen ve ius civile'ce bir davaya bağlanmamış olan hak iddiaları için, uygun bulurlarsa, bir dava olanağı tanıyabiliyorlardı. Praetor tarafından tanınan bu davalara, onları "actio in ius" dan ayırmak için "actio in factum" adı veriliyordu. Bu davaların tam adı "actio in factum conceptae" idi.

Praetor'ların koruma yollarından birisi olan actio'lara (davalara) bir diğer örnek ise "Actio in bonum et aequum conceptae" adını alan praetor davalarıydı.

Praetor'ların hakkaniyet sağlamaya yönelik yarattıkları bir diğer dava türü de actio utilis idi.

Def'i, praetor tarafından davalı tarafa tanınan ve formula usulünde ortaya çıkmış savunma araçlarındanr. Praetor, ius civile'nin bir davaya bağladığı bir hak iddiası karşısında iddia sahibinin dava açma olanağını elinden alamazdı; ama karşı tarafı dinledikten sonra bu davanın açılmasını haksız, adalete ve hakkaniyete aykırı bulursa, dava edilene karşı iddiasını bir def'i şeklinde öne sürmek hakkını verirdi. Böylece, davalı öne sürdüğü def'iyi ispat edebilirse, yargıç tarafından beraat ettirilmesi gerekirdi. Sonuç olarak, ius civile'nin tanıdığı bir dava, praetor'un davalı'ya verdiği bir def'i ileri sürme olanağı ile etkisiz bırakılabiliyordu.

Praetor'ların adalet ve hakkaniyete aykırı durumları gidermek için yarattıkları çözüm yollarından birisi de restitutio in integrum (eski hale getirme) dir. Pratikte eğer kendisine belirli bir hukuki işlem

uygulanmamış olsa veya haklarına zarar veren bir olay vuku bulmuş olmasa bu duruma düşmeyecek olan bir kişinin haline döndürmedir.

Bazı durumlarda praetor, ius civile'ye göre geçerli bir biçimde yapılmış olmakla beraber, sonuçları hakkaniyet ve adalete uygun bulunmayan hukuki fiil ya da işlemleri, bu fiil ya da işlemde zarar gören kişilerin başvuruları üzerine, olmamış, yapılmamış sayabiliyordu.

Bazı durumlarda da, praetor, kendisine başvuran bir kişinin haklı durumunu koruyabilmek için, bu durumu ortadan kaldırmaya çalışan kişilerin bu davranışlarını yasaklayabilirdi veya bir şey yapmaları veya yapmamaları konusunda emir verebilirdi. Bu yasağa uymayan kişiye karşı, praetor, durumunu korumak istediği kişiye bir dava açma hakkını tanıyordu. Buna interdictum adı veriliyordu.

Missio in bona veya missio in possessionem olarak adlandırılan bu uygulama ile praetor'lar korunmalarında hakkaniyet gereği gördüğü bir takım kişilere, ius civile hükümlerine göre, başkalarına ait malların tümünün ya da bir bölümünün fiili hakimiyetini ellerine geçirme yetkisini tanıyabiliyorlardı. Yani, bu kişilere, o malların zilyetliğini sağlayarak, açılacak davada o kişilerin durumunu güçlendirebiliyorlardı.

Praetor'un hakkaniyeti sağlamak için tanıdığı son çözüm yolu davanın reddi idi. Roma'da bu tip dava açma hakkının reddedilmesine denegatio actionis adı veriliyordu.

Ius civile-ius honorarium ayrımı, hukuku yaratan güçler bakımından yapılmaktadır. Bu bakımdan, ius honorarium karşısında ius

civile, kaynağı halk olan hukuku temsil eder. Ius Honorarium'un yürürlük kaynağı Edictum (Beyanname)'dir.

Roma toplumunun yeni gereksinmelerinin karşılanamadığı dönemlerden itibaren, ius civile'nin uygulayıcısı durumunda olan praetor'a verilen yetkilerle, praetor, ius civile'yi uygularken, bu uygulamayı kolaylaştırmak, boşluklarını doldurmak, toplumun ve zamanın yeni ekonomik ve toplumsal koşullara uydurabilmek için ius civile'nin bazı kurallarını değiştirme, düzeltme olanağını elde etti. Sonuç olarak, Praetor'ların bu faaliyetleri ve Romalı hukukçu ve düşünürlerin çalışmaları ve öne sürdükleri fikirler doğrultusunda adaletin somut olaydaki görünümü olan "aequitas" kavramı Roma Hukukunda yerleşti.

ABSTRACT

The dissertation is entitled “Equity in Roman Law.”

Aequitas in Latin or “equity” in English is a concept of justice, which can be defined as “justice in particular case”. Aequitas concept of Rome finds its roots in epieikes or epieikeia of Ancient Greece.

In Rome there was an official called “Praetor”. A Praetor could allow actions (suits) to be filed to claim rights covered under ius civile. The actions allowed by Praetor were known as “actio in factum”. “Actio in bonum et aequum conceptae” and “actio utilis” were other examples of the “actio”s (actions) used by Prators to establish equity.

Exceptio, was defence mechanism provided by Praetors to defendants based on formula procedures.

An additional method developed by Praetors to eliminate situations that hinder justice and equity was “restitutio in integrum”.

In some cases, to protect the rights of persons that apply to him, a Prateor could ban the actions of other persons who aimed to hinder those rights. This was called “interdictum”.

By practicing a procedure called as “missio in bona” or “missio in possessionem”, where required by equity, and under the terms of ius civile, Praetors could allow a person to acquire the possession of some or all of another person’s properties.

The last procedure developed by Praetors to establish equity was called “denegatio actionis” (dismissal of the case).

The distinction of ius civile and ius honorarium was based on the source that created the law. Ius Honorarium was enforced through Edictums.

As a result of Praetors activities and works of Roman philosophers and lawyers the concept of "aequitas" took its place in Roman Law.