

Legis Actiones Sisteminde Exceptioların Dikkate Alınması Sorunu

The Question of Taking into Consideration of Exceptio in the Legis Actiones Procedure

Serap Helvacı*^{ID}, Selahattin Eren**^{ID}

ÖZ

Roma Hukukunda exceptio, ilk yargılama aşamasında dava formulasına eklenen ve mahkûmiyeti koşula bağlayan bir kayıt olarak formula usûlünün bir ürünüdür. Yazılı formula yoluyla dava açmanın söz konusu olmadığı legis actiones sisteminde, formulaya eklenen bir kayıt olarak exceptio var olamaz. Eski usûlün katı şekilciliği nedeniyle yargılamanın yargıç önündeki ikinci aşamasında, davacının ileri sürdüğü hakkın kayıtsız şartsız inkârı dışında bir savunma ileri sürülemez. Gelgelelim bu tespit, daha sonralar exceptio yoluyla ileri sürülmesi mümkün olan savunma sebeplerinin eski usûlde yargılama sürecinde hiçbir şekilde dikkate alınmadığı anlamına gelmez. Bu savunmaların bazıları yargılamanın ilk aşamasında görevli magistratus tarafından incelenip karara bağlanır; davalının iddiasının haklı görülmesi halinde dava reddedilir. Yargılama sırasında ileri sürülmesi olanaklı olmayan savunmalar davalının mahkûm olmasını önleyemese de davacının yasayla düzenlenmiş bir yasak kuralına aykırı olarak davalı aleyhinde mahkûmiyet kararı elde etmesi halinde, davalı yasaya aykırılığı karşı dava yoluyla ileri sürülebilir ve mahkûm olduğu miktarı aynen ya da misliyle geri isteyebilir.

Anahtar Kelimeler: Exceptio, Legis Actiones, Savunma, Cognitio Praetoris, Denegatio Actionis

ABSTRACT

In Roman law exceptio, a clause inserted in the formula in the first stage of the procedure and subjecting the condemnation to a condition, was a product of the formula procedure. In the legis actio procedure, in which there is no room for suits by written formulas, the exceptio could not exist. Because of the rigid formalism of the old procedure, one could not raise a defence other than the unconditional deny of the right alleged by the plaintiff in the second stage of the procedure. However, merely this statement does not indicate that the grounds of defence, which are used to be raised through exceptio afterwards, were not in any way taken into consideration during the process. Some of these defences were examined and ruled in by the competent magistrate, and if seemed appropriate, the case was dismissed. Even though the defences that were not taken into consideration during the procedure could not prevent the defendant to be condemned, in case where the plaintiff had obtained a condemnation against the defendant contrary to any prohibitive legislation, the defendant could raise the breach of the law and demand the condemnation amount to be restituted in simple or two-fold.

Keywords: Exceptio, Legis Actiones, Defence, Cognitio Praetoris, Denegatio Actionis

* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı nezdinde savunulan "Exceptio: Def'i Kurumunun Kökeni" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Prof Dr, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, shelvacı@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6021-9528.

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ORCID: 0000-0002-7782-4687.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Selahattin EREN

E-posta/E-mail: selahattin.eren@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.03.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 28.06.2022

I. LEGIS ACTIONES USULÜNDE HANGİ ANLAMDA EXCEPTIO VAR OLABİLİR?

A. FORMULA KAYDI OLARAK EXCEPTIO

Bir savunma aracı olarak *exceptio*, *formula* usulünün bir ürünüdür.¹ Eski Roma'da yargı yetkisine (*iurisdictio*) ya da Romalıların deyimiyle hukuku söyleme yetkisine (*ius dicere*) sahip olan *praetorlar*, katı şekilciliğe dayandığı için hakkaniyeti sağlamakta yetersiz kalan eski yasa davaları (*legis actiones*) yerine, *formula* adı verilen yazılı metinler aracılığıyla dava açma usulünü yaratmışlardır. *Formula* yoluyla dava açma uygulaması, yalnızca dava biçiminde bir değişiklik oluşturmamıştır; bu biçimsel değişiklik büyük maddi yenilikleri de beraberinde getirmiştir. Eski yasa davalarının şekilci ve dar kapsamlı sözlü *formulaları* bir kez aşılmca, hakkaniyete (*aequitas*) dayalı yepyeni hukuk kuralları ortaya çıkmıştır. Yargılamanın ikinci aşamasında yargıcın uyuşmazlığı incelerken gözeteceği temel noktaları ve uyuşmazlığın genel çerçevesini içeren *formula*, daha önce medenî hukukta (*ius civile*) var olmayan ve gücünü hakkaniyetten alan yeni hukuk kurallarının tanınmasını ve bunların esasen yasa ile âdetlerle sınırlı bir yargılama yürütmekle yükümlü olan yargıçlar tarafından dikkate alınmasını olanaklı kılmıştır. Savunma bakımından ise *praetorlar* medenî hukukun tanımadığı yeni savunma sebeplerini hakkaniyet düşüncesiyle tanıırken, bunların yargıç tarafından dikkate alınmasını sağlamak için *formulaya exceptio* adı verilen özel kayıtlar eklemeyi tercih etmişlerdir.

Her şeyden önce *exceptio*, yargıcın uyuşmazlığı karara bağlarken uyması gereken çerçeveyi belirten yazılı *formulanın* bir bölümü, *formulaya* eklenen bir kayıttır. Ulpianus *exceptionun* bu özelliğini, *formulanın* diğer bölümlerine olan karşıtlığı üzerinden açıkça dile getirmiştir: “Def’i *intentioda* ya da *condemnatioda* talep edilen şeyi dışlamak için herhangi bir tarafın *intentiosuna* karşı ileri sürülmesi âdet olan bir tür engele denir”.²

Bu kaydın amacı, yargıcı *praetor* hukukundan doğan bir savunma sebebini dikkate almakla görevlendirerek davalının mahkûmiyetini olumsuz bir koşula bağlamak, sözcüğün etimolojisinin de gösterdiği gibi medenî hukuka göre verilmesi gereken bir mahkûmiyet kararına *istisna* oluşturmaktır. Yargılamanın yargıç önündeki ikinci aşamasında (*apud iudicem* ya da *in iudicio*) *formulanın intentio* olarak adlandırılan bölümünde yer alan, davacının talebini dayandırdığı hak iddiasının yerinde olduğu anlaşılırsa, yargıç bu kez *exceptio* bölümünde belirtilen davalının ileri sürdüğü savunma olgusunun yerindeliliğini inceler. Yargıç,

1 Romanistler arasında genel kabul, biçimsel anlamda *exceptionun fomula* usulünün bir ürünü olduğu yönündedir; bununla birlikte Lyon Üniversitesi Romanist geleneği bu konuda alternatif bir teori ileri sürmüştür. Huvelin yazılı *formula* usulünün kökeninin, beş yasa davasından biri olan *legis actio per iudicis postulationem* sırasında sarf edilen sözlü *formulalar* olduğunu ileri sürmüştür. Daha sonra, bu geleneğin bir diğer takipçisi olan Pétrau-Gay, tıpkı yazılı *formulalar* gibi, *exceptioların* da eski usul zamanında mahkûmiyeti önleyen söz kalıpları şeklinde var olduğunu ve bu dönemde *exceptionun*, Klasik Hukuk Döneminde *praescriptio pro actore* olarak adlandırılacak olan ve davacıya hak talebini sınırlandırma imkânı tanıyan kayıtları da kapsadığını savunmuştur. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Paul Huvelin, ‘L’arbitrium liti aestimandae et l’origine de la formule’ ds *Mélanges Gérardin* (Sirey 1907) 319; Jean Pétrau-Gay, ‘Évolution historique des exceptions et des praescriptions’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Lyon 1916). – Bu görüşün çıkış noktası olan, yazılı *formulaların* yoktan var olmadığı yönündeki iddia doğru olsa da, *iudicis postulatio* yargı yolu hakkında günümüze pek az bilgi ulaşmış olduğu için *exceptioların* sözlü olarak bu yargı yolunda ileri sürülebildiği iddiası yeterli dayanağa sahip değildir.

2 Ulpianus D 44.1.2.pr.: *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.*

ancak davalının iddiasının yerinde olmaması halinde davalıyı mahkûm eder. Sözelimi uygulamada sıklıkla görülen *exceptiolar*dan biri olan *exceptio doli malinin formula* içindeki yazılış biçimi, *exceptionun* olumsuz koşul niteliğini gözler önüne serer: *Si in ea re nihil dolo malo Aulii Agerii factum sit neque fiat.*³ (Eğer bu olayda Aulus Agerius'un hilesiyle hiçbir şey yapılmamış ya da yapılmıyorsa).⁴

Yazılı bir kayıt olarak *exceptionun*, yazılı *formula* yoluyla dava açmanın mümkün olmadığı eski usûl sisteminde, yani *legis actiones* zamanında var olmadığına hiç şüphe yoktur.⁵ Gelgelelim bu saptama yasa davaları döneminde *exceptionun* var olup olmadığı sorununu tek başına kesin bir çözüme kavuşturmamaktadır; çünkü *exceptio* yalnızca yazılı dava *formulasına* eklenen bir kayıt değildir. Örneğin, iyiniyet davalarında hakkaniyete dayalı savunma sebepleri *ipso iure*, yani *formulaya* ayrıca bir kayıt eklenmesine gerek olmaksızın yargıç tarafından dikkate alınmıştır.⁶ Bu tür davalara içkin olduğu söylenen hakkaniyete dayalı savunma sebepleri, hüküm ve sonuçları bakımından gerçek birer *exceptiolar*dır.⁷

B. MAHKÛMİYETİ ENGELLEYEN BİR SAVUNMA OLARAK EXCEPTIO

En nihayetinde, *formulaya* eklensin ya da eklenmesin, *exceptioların* tipik özelliği, davacının ileri sürdüğü hakkı inkâr etmeksizin talebi etkisizleştirmeleridir.⁸ Paulus, *exceptioların* mahkûmiyeti önleyici etkisini şöyle ifade etmiştir: “*Exceptio* bazen davalıyı mahkûmiyetten kurtaran bazen de mahkûmiyeti azaltan bir koşuldur.”⁹ *Praetor* hukukuna ait olan ve mahkûmiyeti olumsuz koşula bağlayan usûl hukuku araçları, ileri sürülme biçimi ne olursa olsun *exceptiodur*. Nasıl ki iyiniyet yargılamalarında hakkaniyet *exceptioları formulaya* eklenmeksizin ileri sürülebiliyorsa, bazı savunma sebepleri *formulanın* hiç bulunmadığı yasa davaları sisteminde de mahkûmiyeti engelleyen araçlar olarak yargılama sırasında pekâlâ dikkate alınıyor olabilir. Dolayısıyla davalının kendisini, davacının hakkını inkâr etmeksizin savunmasının bir yolu varsa, bu savunma aracı da bir anlamda *exceptiodur*.¹⁰ *Legis actiones* sisteminde *exceptionun* var olup olmadığı sorununun tartışılmaya değer yönü ve özü şu soruda gizlidir: Eski usûl sisteminde davalının, davacının hakkını doğrudan inkâr etmeksizin mahkûmiyeti engellemek için bir savunma sebebi ileri sürmesi olanaklı mıdır?

3 Gaius Institutiones IV.119.

4 Eserdeki Latince ve Eski Yunanca'dan yapılan tüm çeviriler yazarlara aittir.

5 André Edmond Giffard, *Leçons sur la procédure civile romaine* (Domat-Montchrestien 1932) 104; Max Kaser und Karl Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht* (Zweite Aufl, Beck 1996) 71.

6 İyiniyet davalarında *ipso iurenin* anlamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Otto Lenel, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (Gustav Koester 1876) 88 ff.

7 Raymond Carré de Malberg, ‘Histoire de l’exception en droit romain et dans l’ancienne procédure française’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris 1887) 166 ff.

8 *Exceptio formulaya* eklenen bir kayıtlı sınırlı değildir; mahkûmiyeti önlemeye yönelik bir usûl hukuk aracı anlamında *exceptio*, biçimsel anlamından daha geniştir. Bkz Sigmund Wilhelm Zimmermann, *Traité des actions ou Théorie de la procédure privée chez les romains: Exposé historiquement depuis son origine jusqu’à Justinien* (Trad Louis Etienne, 2^e éd, Toussaint 1846) 280.

9 Paulus, D 44.1.22.pr.: *Exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.*

10 Öğretide *exceptioya* birçok anlam verilmiştir. 1) Biçimsel anlamda *exceptio*, yazılı dava *formulasına* eklenen bir kayıttır. 2) Usûl hukukuna ait savunma aracı olarak *exceptio*, davacının talebini dayandırdığı hakkın doğrudan inkârına ilişkin *ipso iure* savunmaları dışındaki, mahkûmiyeti engelleyen tüm savunmaların ortak adıdır. 3) Maddî anlamıyla *exceptio*, biçiminden ve yargılamaya etkisinden bağımsız olarak savunma sebebinin dayandığı maddî olgunun kendisidir. – *Exceptionun* farklı anlamlarının sınıflandırması ve açıklaması için bkz Malberg (n 6) 8 ff.

Roma Hukukunun en eski usûl sisteminde davacının talebini etkisizleştirerek mahkûmiyeti önleyen savunma araçlarının, yani *exceptioların* var olup olmadığı sorununa ilişkin günümüze ulaşan tek bilgi kaynağı, Klasik Hukuk Döneminin büyük hukukçusu Gaius'un *Institutiones* adlı eserinde yer alan şu ünlü metindir: *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*¹¹ İlk bakışta yazarın kastı çok açık gibi görünür: “Eskiden yasa davaları bakımından durum başkaydı. Hakkında bir kez dava açılmış olan bir şeye ilişkin, daha sonra doğrudan hukuk gereği dava açılmazdı; o zamanlar, şimdi olduğu gibi, def’iler hiç kullanımda değildi”. Bu çeviriyi esas alan Girard, metni, kavrama hangi anlam atfedilirse atfedilsin, *legis actiones* sisteminde yargılama sırasında *exceptionun* hiç var olmadığı biçiminde yorumlamıştır.¹² Fransız Romaniste bakılırsa, itiraz dışında kalan savunma sebeplerinin, eski usûl sisteminde yargılamanın herhangi bir aşamasında dikkate alınması mümkün değildir; dolayısıyla davacının dayandığı hakkı kayıtsız şartsız inkâr etmediği her halde davalı, davayı kaybetmeye mahkûmdur.

Buna karşın bu cümleye, *ut nunc* ifadesini yorumlama şekline göre bir başka anlam daha vermek mümkündür. Nitekim sayısız yazar metni şu şekilde çevirmeyi tercih etmiştir: “o zamanlar *exceptioların* kullanımı hiç de şimdiki gibi değildi”.¹³ Bu yorum biçimine göre eski usûl zamanında *exceptio* vardır; *legis actiones* sisteminde Gaius’un zamanına kıyasla farklı olan, bu savunma sebeplerinin *kullanım biçimidir*. *Formulaya* eklenen bir kayıt olarak *exceptio* mevcut olmasa da, *legis actiones* sisteminde yargılama sırasında davalı, davacının dayandığı hakkı kayıtsız şartsız inkâr etmeksizin mahkûmiyeti engelleyecek bir savunma sebebi ileri sürebilir.

Gaius’un sözü geçen metni her iki görüşten herhangi birini destekleyecek şekilde kullanılabilir. *Legis actiones* sisteminde yargılama sırasında itiraz dışında herhangi bir savunma aracının ileri sürülüp sürülemediği sorunu, anlamı belirsiz olan tek bir metinden yola çıkılarak kesin bir çözüme kavuşturulamaz. Bu konuda başka hiçbir kaynağın bulunmadığı göz önüne alındığında, sorunun yanıtını eski hukukun genel özelliklerinde aramaktan başka bir seçeneğin olmadığı açıktır. Temel sorun iki alt soruna indirgenebilir: (1) *Formula* usûlünde *exceptio* yoluyla ileri sürülebilen tüm olgulara, *legis actiones* zamanında hukuken sonuç bağlanır mı? (2) *Legis actiones* sisteminde itiraz dışındaki savunma sebeplerinin yargılama sırasında ileri sürülmesi olanaklı mıdır? Yanıt olumluysa nasıl? Sırasıyla iki sorunu inceleyelim.

11 Gaius *Institutiones* IV.108.

12 Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (rééd Jean-Philippe Lévy, 8^e éd, Dalloz 2003) 1093 n 4. – Aynı doğrultuda bkz André Edmond Giffard, *Précis de droit romain*, t I (2^e éd, Dalloz 1934) 139; Francesco De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano* (CEDAM 1937) 85.

13 Bkz Friedrich Ludwig von Keller, *De la procédure civile et des actions chez les romains* (Trad Charles Thorin, Capmas 1870) 154; Mortiz August von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, erster Bd: Der Römische Civilprozess, *Legis Actiones* (Adolph Marcus 1864) 124; Calixte Accarias, *Précis de droit romain*, t II (4^e éd, Cotillon 1886) 1195; Abel Hendy Jones Greenidge, *The Legal Procedure of Cicero’s Time* (Clarendon Press 1901) 230 ff; Moritz Wlassak, ‘Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren: Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis’ (1907) (28=41) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung* 1, 98 n 2; Moritz Wlassak, *Der Ursprung der römischen Einrede* (Gerold & co 1910) 10.

II. ESKİ HUKUKTA EXCEPTIOYA GEREKSİNİM VAR MIDİR?

A. ESKİ HUKUKTA HAKKANİYETİN TANINIP TANINMADIĞI SORUNU

Legis actiones zamanında usûl hukuk aracı anlamında bir *exceptionun*, yani davacının talebini dayandırdığı hakkı inkâr etmeksizin mahkûmiyeti önleyen bir savunma aracının var olup olmadığı sorunu, öncelikle eski hukukun maddî kuralları ve hukukî sonuç bağlanan savunma olgularıyla ilişkilidir. *Exceptionun* yaratılışındaki amaç, davalıya hakkaniyet gereği yeni savunma sebepleri tanımadır; Klasik Hukuk Döneminde var olan *exceptioların* önemli bir bölümü hakkaniyete (*aequitas*) dayanır.¹⁴ *Legis actiones* zamanında adı ne olursa olsun hakkaniyete dayalı *exceptiolar* ile benzer işlevi yerine getiren bir savunma aracının varlığı, eski hukukta hakkaniyet kavramının tanınmış olmasına bağlıdır. *Legis actiones* zamanında itiraz dışındaki savunmaların ne şekilde ileri sürüldüğünden önce, en önemli savunma olgularının dayandığı hakkaniyet kavramı özelinde, maddî hukuka göre hangi savunma sebeplerinin hukuk düzenince kabul edildiğini incelemek gerekir.

Eski hukukta hakkaniyetin tanınıp tanınmadığına ilişkin doğrudan bilgi veren güvenilir bir kaynak mevcut değildir. Bu sorun Romanistler arasında çokça tartışılmıştır. Modern def'i kuramının şekillenmesinde önemli katkıları bulunan Savigny, hakkaniyetin eski hukuk zamanında da tanınmış olduğunu ileri sürmüştür.¹⁵ Büyük hukuk bilgisine göre, yüzyıllara yayılan eski hukuk sistemi boyunca hakkaniyet gibi önemli bir hukuk ilkesinin bilinmemesi olanaklı değildir; çünkü var olan hukukun somut olaya uygulanması eski zamanlarda da âdil olmayan sonuçlara pekâlâ yol açabilirdi. Bu nedenle Savigny, daha *praetorlar exceptioları* yaratmadan önce hakkaniyetin ve buna dayanan savunma olgularının hukuken dikkate alındığını savunmuştur.

Günümüzde olduğu gibi, eski usûl zamanında da belirli bir uyumsuzlukta hukuk kurallarının uygulanmasının adalet duygusunu zedeleyen sonuçlara yol açmış olabileceğine kuşku yoktur. Gelgelelim bu varsayım başlı başına eski hukukta hakkaniyetin tanınmış olduğunu göstermez. Her ne kadar bazı hallerde hukuk düzeni hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilse de, bu olumsuz sonuçlara yönelik alınan önlemlerin, yeni hukuk kuralı yaratmanın biricik yolu olan yasal bir düzenlemeye kadar varması zorunlu değildir; çünkü ataların örf âdetlerine dayanan hukuk anlayışının egemen olduğu bu devirde yasa yapmanın istisnai bir yol olması bir yana, eski hukuk zamanında karşılaşılan hakkaniyete aykırı durumlar oldukça sınırlı olmalıdır. Yasalar dönemin toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılayacak düzeydedir ve bir anlamda doğası gereği âdildir.¹⁶

Roma'nın toplumsal, iktisadî, coğrafi ve siyasi açıdan küçük bir *civitas* olduğu eski devirlerde hukuk kurallarını belirleyen meta üretimi ile mübadele ilişkileri çok az gelişmiştir. Dönemin egemen

14 *Exceptio doli mali* ya da *exceptio doli generalis* olarak bilinen ve her türlü *dolus* (hile) halinde ileri sürülen genel nitelikli *exceptionun* yanı sıra, *exceptio pacti conventi* (varılan anlaşma def'i) ve *exceptio pecuniae non numeratae* (sayılmamış para def'i) gibi pek çok hakkaniyete dayalı özel nitelikli *exceptiolar* da mevcuttur. *Exceptionun* uygulama alanının oldukça genişleyip birtakım usûle ilişkin savunmalar ile yasaya ve kamu düzenine aykırılık savunmalarını kapsar hale geldiği Klasik Hukuk Döneminde bile, *praetor* hukukuna ait bu savunma aracının en önemli uygulama alanı hakkaniyet olmuştur.

15 Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, t V (Trad Ch. Genoux) (2^e éd, Firmin Didot Frères 1858) 186.

16 Malberg (n 6) 24.

üretim biçimi küçük ölçekli tarım ve hayvancılığa dayalı kapalı aile ekonomisidir; kölelerin üretim sürecindeki yeri henüz önemsizdir. Uzun mesafeli ticaret yok denilecek kadar sınırlıdır. Böylesine az gelişmiş mübadele ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları da buna uygun olarak basittir. Kullanım değeri edinmenin başlıca yolu mal değişimidir. Para bilinse de, alım satım ve kira gibi özellikle ticarete öneme sahip olan mübadele ilişkileri yerine; mal değişimi, ödünç ve saklama gibi ücretsiz sözleşmeler daha yaygındır. Alım satım tanındıktan sonra bile uzun süre borçlar için vade ya da koşul öngörmek mümkün olmamıştır; mal ile bedelin anlaşma anında değiştirildiği peşin satış, hukukî sonuç doğuran tek satış türüdür.

Böyle bir tablo karşısında yasa ve âdetlerin var olan toplumsal ilişkileri düzenlemekte, yepyeni bir kurumun hukuka dahil edilmesini gerektirecek kadar yetersiz kalması olası değildir. Eski hukukta hakkaniyete sonuç bağlanmasına ve hakkaniyet gereği yeni savunma araçlarını tanınmasına gerek yoktur; çünkü var olan hukuk kuralları toplumsal ve ekonomik ihtiyaçları karşılamaktadır. Ayrıca eski usûl sistemine hakkaniyetin dikkate alınması önünde bir başka engel daha vardır: Sözü edilen mübadele ilişkilerindeki az gelişmişlik ve basitlik, bu ilişkileri düzenleyen hukuka da yansımıştır. Eski hukuka egemen olan temel ilkenin, yani katı şekilcilik ile basitlik arasında yakın bir ilişki vardır. Şimdi katı şekilciliğin hakkaniyetin hukuken tanınmasına imkân verip vermediğini inceleyelim.

B. KATI ŞEKİLCİLİĞİN HAKKANİYETLE BAĞDAŞMAMASI

Roma Hukukunda görülen en eski usûl sistemi olan *legis actiones* sisteminin en büyük özelliği, maddî hukuka egemen olan katı şekilcilikten kendi payını almış olmasıdır. Özel mülkiyetin ve toplumsal sınıfların ortaya çıkışıyla gelişen hukuk ister maddî ister usûle ilişkin olsun, her şeyden önce şekil demektir.

Eski hukuk anlayışında hukukî işlemde bir hakkın doğumu, hukukî işlemin ataların âdetlerine (*mores maiorum*) uygun olarak belirli usûllere göre yapılmış olmasına bağlıdır; aksi takdirde herhangi bir hukukî işlemin ve hakkın varlığından söz edilemez. Eski şekilcilikten izler taşıyan Klasik Hukuk Döneminde yaşamış olan büyük hukukçu Ulpianus, şekle bağlı olmayan basit anlaşmalardan borç doğmayacağını açıkça belirtmiştir: “Çıplak anlaşma borç doğurmaz”.¹⁷ Hukukî şekil, hukuk kuralları ile diğer toplumsal kuralları birbirinden ayıran yegâne unsurdur. Şekil yoksa, bir hukukî işlem ya da hak da yoktur.

Öte yandan, eski hukukta şekilcilik, tıpkı hukukî işlem ile hakkın doğumu gibi, hakkın sona ermesi bakımından da en önemli ilkedir. Nasıl ki bir hakkın doğumu gerekli şeklin yerine getirilmesine bağlıysa, aynı şekilde sözleşmeden doğan bir hakkın sona ermesi de hakkın sona ermesi için gerekli şekilci işlemin yerine getirilmesine bağlıdır. Eski hukuk devrinde şekle bağlı olmayan basit bir ifa (*solutio*) medenî hukuka göre borcu sona erdirmez. Sözleşmeden doğan borcun ifasının ardından borçlu, borcun *hukuken* sona ermesi amacıyla alacaklıyla şekle bağlı yeni bir işlem yapmalıdır. Yapılacak bu işlem ise doğrudan alacak hakkını doğuran hukukî işlemin kendisidir. Eski hukukta

17 Ulpianus, D 2.14.7.4: Nuda pactio obligationem non parit. – Aynı doğrultuda bkz Paulus, *Sententiae*, II.14.1: Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur. (Roma vatandaşları arasında çıplak anlaşmadan bir dava doğmaz).

hakkı doğuran işlem ile hakkı sona erdiren işlem arasında paralellik söz konusudur.¹⁸ Bu meseleyi Gaius şu şekilde dile getirmiştir: “Hukuken bağtlanan her şey hukuken tam tersiyle ortadan kalkar”.¹⁹ Hakkı doğuran işlem ile hakkı sona erdiren işlem arasında paralellik ilkesini bildiren kaynaklar, klasik metinlerle sınırlı değildir. Romalı tarihçi Titus Livius’un anlatısına göre M.Ö. 390 yılında M. Manlius Capitolinus, borçları nedeniyle özgürlüğünü kaybedecek olan bir *centurionu* kurtarmak için onun borçlarını ödedikten sonra, ayrıca bronz külçe ve teraziyle (*per aes et libram*) şekle bağlı bir işlem yapmıştır.²⁰ Daha sonra borcu sona erdirici bu işlem, Klasik Hukuk Döneminde de korunarak *imaginaria solutio*, yani hayali bir ifa olarak adlandırılmıştır.²¹

Kadim hukukî işlemlerde aranan şeklin içeriğine gelince, tüm işlemler için geçerli tek bir usûlden söz edilemez; gerekli şekil işlemin niteliğine göre farklılaşır. Örneğin, *stipulationun* en eski türü olan *sponsio* adlı tek tarafa borç yükleyen işlemde yerine getirilmesi gereken şekil, hazır bulunan alacaklı ile borçlunun iradelerini, sırasıyla *spondes* (vaat ediyor musun?) ve *spondeo* (vaat ediyorum) sözcüklerini içeren soru ve yanıt şeklinde sözlü olarak açıklamalarından ibarettir; buna karşın, bronz bir külçe ve terazi yardımıyla (*per aes et libram*) yapılan borçlandırıcı işlemlerde aranan şekil, tarafların hazır bulunması, külçe ve terazi, tanıklar ile terazi tutan bir başka kişinin varlığı gibi birçok farklı unsurun bir araya gelmesinden oluşur.

Hukukî şekil yalnızca hakkın doğumu ve sona ermesi bakımından aranan temel şart değildir, hukukî işlemleri ve bundan doğan hakkı her türlü yabancı unsurdan soyutlayan bir ilkedir. Katı şekilci bir hukuk sisteminde, hukukî işlemin geçerli olması için gerekli şeklin yerine getirilmesi yeterlidir. Şeklin dışında herhangi bir geçerlilik şartı aranmaz ve paralel bir işlemle sona erdirilmedikçe hukukî işlemde doğan hakkın tüm tehditlere karşı korunması sağlanır. Tarafların iradelerinin oluşumundaki ve bozukluklar, irade açıklamalarındaki yanılma, kazandırmanın geçerli bir hukukî sebebe dayanmaması gibi günümüzde hukukî işlemin geçerliliğini etkileyen pek çok unsur eski hukukta önemsizdir. Sözleşme gerekli usûle uygun olarak kurulduktan sonra geçerlilik kazanır. Hukukî işlemin kaynağı tarafların iradeleri değil, yerine getirilmiş olan şekildir. Benzer şekilde, borcun sona ermesi bakımından gerekli şekle bağlı işlemin yerine getirilmesi dışında hiçbir sebep dikkate alınmaz; ifa edilen borç sona erdirici işlem yapılmadıkça devam eder. Bu anlamda katı şekilciliğin benimsendiği eski hukukta şekil esasa üstün gelir.

Şekilciliğin egemen olduğu eski hukuk, şeklin dışında kalan hakkaniyeti dışlar. Kurulmuş bir işlem hakkaniyete aykırı bir olgu nedeniyle geçersiz sayılamaz; ifa gibi hakkaniyete dayanan bir

18 Malberg (n 6) 21.

19 Gaius, D 50.17.100: Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt.

20 Titus Livius, Ab Urbe Condita VI.14: inde rem creditorum palam populo soluit libraque et aere liberatum emittit. – Capitolinus’un borcu sona erdirmek için külçe ve terazi yoluyla bir işlem yapmasının sebebi, *centurionun* borcunun bu tarz bir işlemde doğmuş olmasıdır. Titus Livius bu hususu açıkça bildirmese de, kişi üzerinde teminat etkisine sahip olan *nexum* adlı işlemin külçe ve teraziyle yapıldığı bilinmektedir.

21 Bkz Gaius, Institutiones, III.173: Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, siue quid ex iudicati causa debeatur. (Hayali ifanın, külçe ve terazi aracılığıyla olan bir başka görünümü daha vardır. Bu türden bir hayali ifa belirli hallerde, sözgelimi eğer bir şey bronz külçe ve teraziyle yapılmış bir işlemle ya da bir yargı kararı sebebiyle borçlanılırsa kabul edilmiştir.)

olgu nedeniyle bir hak sona erdirilemez. Hakkaniyet kurallarının ortaya çıkışı, katı şekilcilikle mücadelenin bir sonucudur. Şekilcilik ile hakkaniyet karşıt kavramlardır. Bu nedenle, hakkaniyetin hukuk dışı bir kavram olduğu eski hukukta ve *legis actiones* sisteminde, itiraz niteliği taşımayan ve hakkaniyete dayanan savunma araçları var olamaz. Klasik Hukuk Döneminde *exceptio pecuniae numeratae* ile *exceptio pacti conventi* gibi hakkaniyete dayalı *exceptiolar*, yasa davaları zamanında herhangi bir şekilde ileri sürülüyor olamaz. *Exceptioların* en önemli kullanım alanı olan hakkaniyet eski hukuka yabancı bir kavram olduğuna ve genel olarak şeklin kapsamında yer almayan olgular hukukun konusu olmadığına göre, Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* olarak ileri sürülmesine izin verilen savunma sebeplerinden büyük bölümü, *legis actiones* zamanında henüz tanınmamış hukuk dışı olgulardır.²² Bu nedenle, *legis actiones* usulünde yargılama sırasında bir savunma aracı ileri sürülmesi olanaklıysa da bunlar az sayıda olmalıdır.²³

Bununla birlikte hakkaniyetin eski hukukta tanınmaması, *legis actiones* zamanında hiçbir savunma aracının var olamayacağı anlamına gelmez; çünkü itiraz dışındaki tüm savunma sebeplerinin tamamı hakkaniyete dayanmaz. Klasik Hukuk Döneminde bazı *exceptiolar* yasayla düzenlenmiş bir yasak kuralına aykırı taleplere, bazıları da usüle aykırı taleplere karşı ileri sürülür. Bu nedenle, hakkaniyetin eski hukukta tanınmaması yalnızca sorunun daraltılmasına hizmet eder. Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen diğer savunma sebeplerinin eski hukukta var olup olmadığı sorununa yanıt bulmak için, genel olarak *legis actiones* sisteminde yargılama usulünün itiraz dışında herhangi bir savunma aracı ileri sürülmesine elverişli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

III. LEGIS ACTIONES ZAMANINDA MAHKÛMİYETİ ÖNLEYİCİ BİR SAVUNMA ARACI OLARAK EXCEPTIONUN VAR OLUP OLMADIĞI SORUNU

Eski Hukuk Döneminde tanınan savunma sebeplerinden bağımsız olarak, eski yargılama usulünün davalıya savunmalarını ileri sürmesine imkân verip vermediğini irdelemek gerekir. Sonuçta bir savunmanın dayandığı olgunun hukuk kuralına konu edilmiş olması ile bunun yargılama sırasında ileri sürülebilmesi farklı konulardır. *Legis actiones* sisteminde yargılama sırasında savunma aracı ileri sürülüp sürülemediği sorunun yanıtını, yargılama usulünün genel yapısında arayalım.

Legis actiones sisteminde yargılama, tıpkı *formula* usulünde olduğu gibi, biri *magistratus* diğeri yargıç önünde olmak üzere iki farklı aşamadan oluşur. *In iure* (hukuk önündeki) olarak adlandırılan ilk aşamada yargı yetkisine (*iurisdictio*) sahip olan *magistratus*, *apud iudicem* (yargıç önünde) ya da *in iudicio* (yargılamada) denilen ikinci aşamada tarafların seçtiği ve *magistratusun* görevlendirdiği özel bir yargıç süreci yönetir. Uyuşmazlığı karara bağlayan kişi yargıç (*iudex*), yargılamayı hazırlayan *magistratus*dur. İki aşamada faaliyetin niteliğindeki farklılık, bu süreçlerde gözetilen usul kurallarının da farklılaşmasına neden olmuştur. İlk aşamada katı şekilcilik ilkesi egemen olduğu halde, ikinci aşamada şekilcilik aynı yoğunlukta değildir. Bu nedenle, davalının *exceptio* ileri sürme imkânına sahip olup olmadığı sorununu her iki aşama bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

22 Bethmann-Hollweg (n 12) 125; Lenel (n 5) 42; Malberg (n 6) 22.

23 Malberg (n 6) 22.

A. YARGIÇ ÖNÜNDE EXCEPTIO İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

Eski hukuktaki katı şekilcilik gerek maddî hukuk gerek usûl hukuku bakımından geçerli bir ilkedir. Zaten maddî hukuk ile usûl hukuku şeklinde ikilik, eski hukukta var olmayan bir ayrımdır. Hukukun bir bütün olarak görüldüğü hukuk düzeninde maddî hukuk kuralları ile usûl kuralları ayırt edilmez.²⁴ Bu anlayışa göre dava (*actio*) ile hak (sübjektif *ius*) iç içe geçmiştir. Bu anlayışı Celsus şöyle dile getirmiştir: “Dava kendisine borçlanılan şeyi bir yargılamayla takip etme hakkından başka hiçbir şey değildir.”²⁵ Eğer bir kimse medenî hukuka göre bir hakka sahipse, bu hakkı yargıya taşımasına imkân veren bir davaya da sahip olmalıdır.

İlk aşamanın aksine, yargıç önünde yargılama herhangi bir ritüel yerine getirilmeksizin, belirli sözcükler sarf edilmeksizin ya da birtakım hareketler yapılmaksızın yürütülür. Yargılama yargıç önünde tarafların katılımıyla sözlü olarak yürütülür. Yargıç tarafları dinler ve delilleri serbestçe değerlendirir. Bu anlamda ikinci aşama şekle bağlı değildir.²⁶

Buna karşın, yargılamada şekilciliğin hiçbir etkiye sahip olmadığı da söylenemez; ikinci aşamada şekilcilik dolaylı bir rol oynar. Katı şekilciliğin yargılama sırasındaki görünümü basitlik ya da teklilik ilkesidir. Nasıl şekilcilik nedeniyle bir hukukî işlemde ancak tek bir hak doğuyorsa, aynı şekilde yargılamanın konusu davacının talebini dayandırdığı tek bir hak ya da bu hakka dayanak oluşturan olgudur. Yargılama usûlünde teklilik ilkesi “Tek dava, tek talep” ya da “Tek dava, tek hukukî sorun” şeklinde ifade edilebilir.²⁷

Yargıcın görevi yalnızca dava konusu hakkın var olup olmadığını, dolayısıyla hakkın doğumu için gerekli hukukî şeklin yerine getirilip getirilmediğini incelemektir. Tam bir delil serbestisinin geçerli olduğu yargılamada yargıç, sunulan deliller ışığında iddia konusu olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini serbestçe takdir eder. Nitekim yargıç kararına karşılık gelen *sententia* kavramının etimolojisi, yargıç faaliyetinin aslında bir olgunun gerçekleşip gerçekleşmemiş olduğunu duyu organları aracılığıyla saptama ve bu konuda kanaat getirmekten ibaret olduğunu göstermektedir.²⁸ Uyuşmazlığı karara bağlamak belirli olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak amacıyla kullanılan bir takdir meselesidir.

24 Klasik Hukuk Döneminde bile *praetor* bildirgelerinde maddî hukuk ile usûl hukuk kurallarının ayırt edilmeksizin düzenlendiği görülür. *Praetorum* sıklıkla kullandığı *actionem habere* (davaya sahip olmak) maddî hukuk uyarınca bir hakka sahip olmakla aynı anlama gelir. *Edictum perpetuum* ve bildirgelerde hukukî imkânların yazılı biçimi için bkz Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (dritte verbesserte Aufl, Verlag von Bernhard Tauchnitz 1927).

25 Celsus D 44.7.51: Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi.

26 Katı şekilcilik ilk aşamanın aksine ikinci aşamada yargılamanın şekilsiz yürütülmesinin sebebi, iki aşamalı yargılama usûlünün ortaya çıkış sürecinde aranmalıdır. Esasen tek aşamadan oluşan ve dinî-büyüsel ritüeller aracılığıyla tanrıların işaretlerine göre karara bağlanan medenî yargılamada, hukukun rasyonelleşmesi ve dünyevileşmesi sonucunda yargıçlık görevi başta *magistratusa* bırakılmış ve zaman içinde pratik sebeplerle kişilere havale edilmeye başlanmıştır. Böylelikle medenî yargılama iki aşamaya ayrılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Max Kaser, ‘Prätor Und Judex Im Römischen Zivilprozess’ (1964) (32) Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis 329, 347 ff.

27 Rudolph von Jhering, *L’Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t IV (Trad De Meulenaere, 2^e éd, Marescq 1880) 20, 136; Otto Karlowa, *Der Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (Weidmannsche Buchhandlung 1872) 346; Lenel (n 5) 42; Malberg (n 6) 26 ff; Edouard Cuq, *Manuel des institutions juridiques des romains* (2^e éd, Plon 1928) 863.

28 Kaser (n 26) 346 ff.

Gelgelelim yargıç faaliyeti gerekli şeklin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olgusal bir incelemeyle sınırlıdır. Yargıcın görevi esasen hukukî değerlendirmeleri kapsamaz; davacının ileri sürdüğü hakka dayanak olan olgunun dışında bir başka hak ya da olguyu içermez. Yargıç hakkın doğumu için gerekli şeklin dışında, hukukî işlemin geçerliliği bakımından yeni geçerlilik şartları yaratamaz; tarafların gerçek iradelerini, kazandırmanın sebebini, işlemin yapıldığı koşulları dikkate alamaz. Hukukî vasıflandırma yargıcın görevi dışındadır.

Yargıcın görevinin sınırlı içeriği, kimliğiyle son derece uyumludur: Eski Roma'da yargıç kural olarak belirli bir uyumsuzluğu karara bağlamak için geçici olarak görevlendirilen özel bir kişidir. Ayrıca yargıcın, hukukun din görevlilerinin tekelinde olduğu dönemde bir din görevlisi olması ya da daha sonraları hukukçu vasfına sahip olması aranmaz; belirli bir toplumsal tabakaya aidiyet yargıçlık için yeterlidir.²⁹ Dolayısıyla yargıcın çoğunlukla hukuk alanında uzmanlaşmamış özel kişiler arasından seçildiği ve yargıçlara kılavuzluk edecek hukuk öğretisinin gelişmemiş olduğu bu dönemde, yargıcın hukukî değerlendirmelerde bulunması ve hukuk yaratması beklenemez. Yargıcın görevi (*officium iudicii*) teklik ilkesi gereği davanın temel konusu olan olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğini yasa ve âdetler çerçevesinde saptamakla sınırlıdır.

Exceptionun varlığı bizatihi teklik ilkesine aykırıdır.³⁰ *Legis actiones* sisteminde en azından yargılamanın ikinci aşamasında, talebin dayandırıldığı hak kayıtsız şartsız inkâr edilmeksizin mahkûmiyeti önlemek amacıyla bir savunma aracı ileri sürülemez; çünkü *exceptio* ileri sürüldüğünde davalı, aslında davacının hakkını kabul etmekle birlikte bu hakka uygun bir hüküm kurulmaması için bir başka sebep ve olgu ileri sürmüş olur.³¹ İster *stipulatio* ister külçe ve teraziyle yapılan işlemden doğmuş olsun, borcun sona ermesi için gerekli şekilde bağlı işlem yapılmadığı takdirde borç devam eder ve davacı alacak hakkını dava yoluyla ileri sürebilir; alacak hakkı medenî hukuka göre var olduğundan davalı yargılama sırasında davacının alacak hakkını inkâr edemez, fakat borcu ödemiş olduğunu ileri sürmek ister. Gelgelelim bu yeni iddianın ileri sürülmesi, yargılamanın konusuna ikinci bir olgunun eklenmesini gerektirir. *Exceptionun* tanındığı bir yargılama usûlünde bu örnekte yargıç iki sorun ve olguyu incelemekle yükümlüdür: (1) Davacının ileri sürdüğü alacak hakkının, dolayısıyla bu hakkın doğumu için gerekli hukukî şeklin yerine getirilip getirilmediği sorunu; (2) Davalının ileri sürdüğü *exceptionun* dayandığı olgu olan borcun ödenip ödenmediği sorunu. Dolayısıyla her *exceptio* yargılama sırasında yeni bir iddia ve olgunun bu kez davalı tarafından ileri sürülmesi anlamına gelir; Klasik Hukuk Döneminde *exceptionun* dayandığı olguyu ispat yükünün davalıya ait olduğu kabul edilmesinin sebebi de budur.³² *Exceptio* ikinci bir olgunun yargılamaya eklenmesi bakımından yargılamayı davacının iddiasından saptırmaya yönelik bir savunma aracıdır.³³

29 İki aşamalı yargılama sisteminin var olduğu *legis actiones* ile *formula* usûllerinde yargıç, önceden hazırlanmış yargıçlığa elverişli özel kişilerin kaydolduğu listelerden seçilir. Eski hukuk döneminde başlangıçta bu kişiler yalnızca *Senatus* üyeleri iken, sonraları *equites* sınıfına mensup kişiler de listeye dahil edilmiştir.

30 Bethmann-Hollweg (n 12) 125; Lenel (n 5) 46; Malberg (n 6) 27; Cuq (n 27) 863.

31 Zimmern (n 7) 281.

32 Ulpianus, D 44.1.1: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est (Def'i kullanan, yargıya başvurmuş sayılır. Def'ide davalı, davacıdır).

33 Malberg (n 6) 33.

Öyleyse, teklik ilkesinin egemen olduğu eski yargılama usûlünün ikinci aşamasında *exceptio*, ileri sürülme biçimi ne olursa olsun var olamaz. Bununla birlikte, *legis actiones* zamanında davalının kendisini hiçbir savunma imkânına sahip olmadığı da doğru değildir. Teklik ilkesi çerçevesinde olanaklı olan tek savunma biçimi, günümüzde *itirazlar* olarak adlandırılan ve davacının ileri sürdüğü hakkın doğrudan doğruya inkârından oluşan savunma araçlarıdır. İnkâr iki biçimde olabilir: Davalı davacının ileri sürdüğü hakkın ya hiç doğmamış olduğunu ya da sona ermiş olduğunu iddia edebilir. İlk durumda mutlak inkâr, ikincisinde nisbî inkârdan söz edilir.³⁴ Bu savunma aracı yargılamanın teklifi ilkesine aykırı değildir: Davacının ileri sürdüğü hakkın medenî hukuka göre var olmadığını iddia etmekle davalı yargılamaya yeni bir olgu taşımış olmaz; tam tersine yargılamanın asıl konusu olan olguyu çürütmeye yönelik bir girişimde bulunmuş olur. Bu dönemde yargıcın dikkate alabileceği tek savunma aracı *ipso iure* sonuç doğuran medenî hukuk savunmaları, yani *itirazlar*dır. Şekilci yargılama usûlünde davalının, davacının iddiasına karşı olumlu ya da olumsuz bir yanıt vermekten başka bir imkânı yoktur. *Formula* sisteminde *exceptionun* temel özelliği olan ve davacının iddiasına “evet, ama” biçiminde yanıt verme imkânı henüz mevcut değildir.³⁵

Yargılamanın ikinci aşamasında davacının hakkını inkâr etmeksizin mahkûmiyeti önlemenin bir yolu olmadığını tespit ettiğimize göre geriye, davalının bu tür savunmalarının yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından dikkate alınıp alınamayacağı sorununun incelemek kalıyor.

B. MAGISTRATUS ÖNÜNDE EXCEPTIO İLERİ SÜRÜLEBİLİR Mİ?

Yargılamanın ilk ve başlangıç aşaması olan *in iure* safhasında davalının, davacının ileri sürdüğü hakkı inkâr etmeksizin bir başka savunma sebebi ileri sürüp süremeyeceği sorunun yanıtı, *legis actiones* sisteminde yargılamanın başlangıç aşamasının temel özelliklerinde saklıdır.

Magistratus önündeki ilk aşamada, yargıç önündeki yargılamadan farklı olarak katı şekilcilik hâkimdir. Yargılamanın başlaması ve uyuşmazlığın nihai karara bağlanacağı yargıç önüne taşınması, ilk aşamada belirli sözlü ritüellerin gerçekleştirilmesine bağlıdır. Beş yasa davasından biri olan *legis actio per sacramentumun* şekli, Gaius’un belirttiği gibi³⁶ bu dava genel nitelikli olduğundan yasa davalarındaki katı şekilcilik hakkında fikir verebilecek model bir usûldür. Bir şeye yönelik *sacramentum* usûlü şu şekilde gerçekleştirilir:³⁷

34 Maddî hukuka ilişkin savunma sebeplerinin def’i ile *itiraz* şeklinde, *itirazların* ise kendi içinde mutlak inkâr ile nisbî inkâr biçiminde sınıflandırılmasını Savigny’ye borçluyuz. Bkz Savigny (n 14) 157 ff.

35 Jhering (n 27) 53.

36 Gaius Institutiones IV.13: Sacramenti actio generalis erat. de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat falsi ***** atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit aduersarii, qui uicerit.

37 *Sacramentum* davası gerek bir kişiye yönelik (*in personam*) gerek bir şeye yönelik (*in rem*) açılır. Gaius bir *sacramentum in remin* şeklini betimlemiştir.

Eğer şeye yönelik bir dava açılırsa, salt hukuk önüne taşınması ya da götürülmesi mümkün olan taşınır ile kendi kendine hareket edebilen şeyler üzerinde de şu şekilde *vindicatio* ile hukuk önünde hak iddia edilebilirdi: *Vindicatio* ile hak iddia eden elinde bir asa tutardı; ardından şeyin kendisini, örneğin bir köleyi kavrar ve şöyle derdi: “Ben bu insanın, durumuna uygun olarak, Quirites hukukuna göre bana ait olduğunu ileri sürüyorum; al işte, söylediğim gibi üzerine değnek koydum.” Ve aynı anda insanın üzerine asa koyardı. Benzer şekilde, karşı taraf da aynı şeyleri söyler ve yapardı. Her ikisi de *vindicatio* ile hak iddia ettikten sonra *praetor* “İkiniz de bu insanı bırakın!” derdi, onlar da bırakırlardı. *Vindicatio* ile ilk hak iddia eden diğerine şöyle sorardı: “Hangi sebeple *vindicatio* ile hak iddia ettiğini söylemeni istiyorum.” O da yanıtlardı: “Değneğimi koyduğuma göre hukuku yerine getirdim.” Ardından *vindicatio* ile ilk hak iddia eden “Haksız yere *vindicatio* ile hak iddia ettiğin için *sacramentum* ile beş yüz *asa* sana meydan okuyorum.” derdi; benzer şekilde karşı taraf da “Ben de sana” derdi. Eğer şey[in değeri] bin *asin* altındaysa, *sacramentum* miktarını elli olarak belirlerdi. Ardından kişiye yönelik yargıya başvurulduğu zamankiyle aynı şeyler yerine getirilirdi. Daha sonra *praetor vindiciaları* bu ikisinden birinin lehine açıklar, yani herhangi birini geçici zilyet olarak belirlerdi ve ona, uyumsuzluğa ve hak iddialarına, yani şeye ve semerelere yönelik karşı tarafa bir güvence göstermesini emrederdi. Gelgelelim bizzat *praetor sacramentum* sebebiyle her ikisinden hazineye bırakmak üzere başka güvenceler de alırdı. Asa da haklı mülkiyetin bir göstergesi olan mızrak yerine kullanılırdı, zira [eskiler] özellikle düşmanlardan ele geçirilenlerin haklı mülkiyete göre kişiye ait olduğuna inanırlardı. *Centumvir* mahkemelerine bir mızrak konması bundandır.³⁸

Yasa davası, görüldüğü gibi, tarafların belirli sözcükleri söylemeleri ve birtakım jestlerde bulunmaları gibi birçok farklı unsurun bir araya gelmesiyle gerçekleştirilen bir ritüeldir. Şeklin yerine getirilmesi için gerekli sözlü *formulanın*³⁹ tek bir sözcüğünün bile yanlış söylenmesi yargılamanın başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açar. Öyle ki Gaius üzüm bağlarına ilişkin bir dava açılmak istendiği zaman, bu tür davalar için öngörülen *formulada* “ağaç” sözcüğü geçtiği için şekil yerine getirilirken “üzüm bağları” denmesi halinde davacının davayı kaybettiğini belirtmiştir.⁴⁰

38 Gaius Institutiones IV.16: Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciae possent, in iure vindicantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTTE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior vindicaerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui prior vindicaerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituerebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuiralibus iudiciis hasta proponitur.

39 *Formula* genel olarak söz kalıbı anlamına gelir; Roma Hukuku gibi sözlü şekilci bir hukuk sisteminde bu kavram sözlü *formulaları* ifade eder. Gelgelelim medenî yargılama usûllerinden biri olan *formula* sisteminde bu sözcük, önceden hazırlanmış yazılı bir dava açma kalıbı anlamına bürünmüştür.

40 Bkz Gaius Institutiones IV.11.

Şekilci ilk aşamada yetkili *magistratusun* temel görevi, tarafların yargılamanın başlaması için gerekli şekli yerine getirilmesini gözetmek ve onlara bu sırada eşlik etmektir. Yargı yetkisi anlamında kullanılan *iusdictio* sözcüğünün *ius* (hukuk) ve *dicere* (söylemek) sözcüklerinden türemiş olması, *magistratusun* öncelikli görevinin hukuki şekli ya da ritüelin yerine getirilmesini sağlamak olduğunu göstermektedir; çünkü arkaik zamanlarda *ius* sözcüğünün asıl anlamı şekil ve ritüeldir.⁴¹ *Actio* sözcüğünün kökenini oluşturan *agere* (yürütmek, davranmak, hareket etmek, yerine getirmek, yapmak) her şeyden önce gerekli şekli yerine getirmek anlamına gelir.

Başından sonuna kadar planlı ve katı şekilci böyle bir usûlde, ilk bakışta herhangi bir savunma sebebinin ileri sürülmesi mümkün değil gibi görünür. *Sacramentum in rem* usûlünde olduğu gibi, yasa davalarına ait hiçbir *formula*da davalıya kendisini savunma imkânı veren bir söz kalıbı yoktur.

Bununla birlikte, hukuk tekniğinin gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun, herhangi bir dönemde yargılamaların hiçbir dava şartı söz konusu olmaksızın başlatılması söz konusu olamaz. Bazı savunmalar nitelikleri gereği her dönemde dikkate alınması zorunlu olan olgulardır. Örneğin, usûl kurallarına aykırı bir yargılamanın, sırf şekilci ritüelde bu olgunun ileri sürülmesine imkân veren bir *formula* bulunmadığı için başlatılmasına izin verilmesi beklenemez.

Nitekim Gaius Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen bir savunmanın *legis actiones* zamanında yargılama sırasında dikkate alındığını şu şekilde belirtmiştir: “Eskiden yasa davaları bakımından durum başkaydı. Hakkında bir kez dava açılmış olan bir şeye ilişkin olarak, daha sonra bir dava doğrudan hukuk gereği açılmazdı; o zamanlar, şimdi olduğu gibi, def’ler hiç kullanımda değildi.”⁴² Dolayısıyla Klasik Hukuk Döneminde *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* yoluyla ileri sürülen, aynı davanın ikinci kez açılmayacağına ilişkin savunma eski usûlde de dikkate alınmıştır; fakat bu dönemde *formula* usûlü ve biçimsel anlamda *exceptio* söz konusu olmadığı için savunmanın *dikkate alınma şekli* farklıdır. Doğrudan hukuk gereği (*ipso iure*) dikkate alınan bu tür bir usûl savunması, yargılamanın ikinci aşamasında yargıç tarafından dikkate alınıyor olamaz; çünkü yargılamanın teklifine aykırı olmasının bir yana, davacının iddiasının yerindeliliğine girmeden doğrudan dava hakkının mevcut olup olmadığına dair bir inceleme gerektiren bu savunma öncelikli olarak değerlendirilmelidir.⁴³ Usûle ilişkin savunmalar yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından karara bağlanıyor olmalıdır. O halde ritüellerden oluşan katı şekilci *in iure* aşamasında bu tür savunmaların dikkate alınmasının nasıl mümkün olduğunu belirlemek gerekir.

41 *Sacramentum in rem* sırasında kendisine niçin köle üzerinde hak iddia ettiği sorulan davalı, “ius feci, sicut vindictam inposui” (Değneğimi koyduğuma göre hukuku yerine getirdim) derken şekilden söz etmektedir. Genel olarak şekilcilik, toplumsal kuralların hukuk kuralları ile din kuralları biçiminde ayrılmadığı arkaik dönemlerin bir kalıntısıdır. Zaman içinde dünya görüşü rasyonelleştikçe hukuk dinî ve büyüsel unsurlardan arınma yoluna girmiştir. Böylelikle şeklin işlevi değişmiştir.

42 Gaius Institutiones IV.108: *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

43 *Formula* usûlünde bu savunmanın *exceptio* yoluyla yargıca havale edilmesinin sebebi, *magistratusun* savunma olgusunun gerçek olup olmadığını bilmemesi ve gerekli incelemeyi bizzat yapmak yerine bunu yargıca havale etmeyi tercih etmesidir. Meselenin niteliği gereği bu savunma, yargıç tarafından davanın esasına girilmeksizin öncelikli olarak incelenir. Gelgelelim yargıca görev kapsamını ve sıralamasını bildirmeye yarayan bir *formulanın* var olmadığı *legis actiones* zamanında, yargıcın bu savunmayı ilk olarak değerlendirilmesini sağlayacak bir imkân yoktur. Bu nedenle usûle ilişkin savunmalar yargılamanın ilk aşamasında ileri sürülüyor olmalıdır.

Usûle ilişkin savunmalar, yargılamanın ilk aşamasındaki ritüellerden önce değerlendiriliyor olmalıdır.⁴⁴ Hayatın olağan akışı gereği *legis actiolar* için gerekli şekil yerine getirilmeden önce *magistratus* ile taraflar arasında bir ön görüşme yapılıyor olması büyük olasılıktır.⁴⁵ En nihayetinde bir yasa davası için gerekli şeklin yerine getirilmesi, öncelikle bu işleme katılacak olan tüm kişilerin yapılacak ritüelin niteliği ve içeriği konusunda anlaşmış olmalarına bağlıdır. Ritüelden önceki bu ön görüşme, yasa davasına başlanmadan önce *magistratusun* tarafların iddia ve savunmalarını dinleyip yargılamaya temel olacak bir ön incelemede bulunması için uygun bir zamandır. Bu nedenle davalının, başta usûle ilişkin savunmaları olmak üzere davacının iddiasına karşı savunmalarını ön görüşme sırasında ileri sürdüğünü varsaymak mümkündür.

Yargılamanın ilk aşamasında yapılan bu ön inceleme, Klasik Hukuk Dönemi kaynaklarında *causae cognitio* olarak adlandırılmıştır. Klasik Hukuk Döneminde *causae cognitio* sıradan bir incelemeden çok, hukukî teorisi oluşturulmuş bir hukuk kurumudur. Dönemin hukuk öğretisi *formula* sisteminde *praetor cognitiosunun* uygulama alanını, kapsamını ve sonuçlarını belirlemiştir.⁴⁶ Örneğin, bazı *actioların* tanınması, *praetor* bildirgesinde somut olayının özelliklerinin *praetor* tarafından incelenip (*causa cognita*) *exceptio* talebinin uygun bulunmasına bağlanmıştır. *Praetor* incelemesinin olumsuz sonuçlanması halinde *denegatio actionis* adı verilen, davanın reddi yaptırımını söz konusu olur.

Legis actiones zamanında *magistratusun* ön incelemesinin sonucunda *denegatio actionis* yetkisine sahip olup olmadığı sorunu öğretilerde çokça tartışılmıştır. Girard'ın başını çektiği bir görüşe göre, *magistratusun* gerekli şeklin yerine getirilmesi için üzerine düşen sözleri söylemekten ibaret mekanik bir rolden başka hiçbir yetkiye sahip olamaz; eski katı şekilci usûl sisteminde yasanın öngörmediği hiçbir dava tanıyamayacağı gibi, yasada öngörülmüş bir davayı reddedemez.⁴⁷ Bu bakış açısına göre *denegatio actionis* yetkisine sahip olmayan *magistratusun* davalının ileri sürdüğü hiçbir savunmayı karara bağlaması mümkün değildir. Kaynaklarda kayda değer bir metinle desteklenmeyen Girard'ın inanılacak olursa, eski hukukun katı şekilciliği usûle aykırı bir dava açılmasına bile imkân sağlamaktadır.

Girard'ın büyük otoritesine rağmen, *legis actiones* zamanında *magistratusun denegatio actionis* yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir.⁴⁸ Hukuk kaynakları eski usûlde *iusdictio* sahibi

44 Accarias (n 12) 1195 ff.

45 Ön görüşmeye ilişkin bkz Jhering (n 27) 85, 88; Karlowa (n 27) 346; Malberg (n 6) 47; Georges Cornil, *Ancien droit romain: Le problème des origines* (Librairie des sciences juridiques & Recueil Sirey 1930) 132.

46 Bkz Henri Lévy-Bruhl, 'La causae cognitio sous la procédure formulaire' (1924) (5) Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 383 ff.

47 Paul Frédéric Girard, 'La date de la loi Aebutia' (1897) 21 Nouvelle revue historique de droit français et étranger 249, 257 ve 261 n 3; 'Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia' (1908) 29 Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanische Abteilung 113, 127 ff; (n 11) 1036, 1093 n 4. – Aynı doğrultuda bkz Félix Senn, *Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae* (Arthur Rousseau 1902) 5 ff; De Martino (n 11) 70 ff; Henri Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi* (Sirey 1960) 170 ff. – *Magistratusun* rolünün yalnızca şekle ilişkin olduğu yönündeki görüş Jhering'e kadar geriye gider. Bkz Rudolph von Jhering, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t III (Trad De Meulenaere, Marescq 1877) 330 ff.

48 *Legis actiones* zamanında *magistratusun denegatio actionis* yetkisine sahip olduğu görüşü günümüzde ağır basmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz Keller (n 12) 153 ff; Moritz Wlassak, *Römische Prozessgesetze: Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens Zweite Abteilung* (Duncker & Humblot 1891) 335; Otto Lenel, 'Der Prätor im legis actio' (1909) (30=43) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 329 ff; Malberg (n

magistratusun yargılama sürecinde oldukça etkin bir rol oynadığını ve dava verme veya reddetme yetkisine sahip olduğunu kanıtlamaktadır. Bu metinlerden en önemlisi, *Lex Osca tabulae Bantinae* adıyla bilinen ve Lucania bölgesinde (Italia) yer alan Bantia kenti yakınlarında bulunan bir yasa tabletinde yazılıdır.⁴⁹ Bir yasa davası başlatmak isteyen bir kimseyi on günden fazla bir süre boyunca geri çeviren *praetor* ya da *praefectusun* bin *sestertius* tutarında bir para cezasına çarptırılması öngörülmüştür. Demek ki *magistratus* davayı reddedebilir; on günün ardından gündeme gelen para cezasının, davayı reddetme yetkisini sebepsiz yere kullanan *magistratusları* caydırmak amacıyla öngörülmüş olması muhtemeldir. Başka birçok metin daha *legis actiones* zamanında *denegatio actionisin* varlığını doğrulamaktadır.⁵⁰

Ayrıca eski usûlde *denegatio actionisin* tanındığı savını, medenî yargılama usûlü ile kent kuruluşa yasalarının gelişim seyri aracılığıyla doğrulamak da olanaklıdır. Eski Roma'da kamu devlet gücünü kullanan *magistratusların* yetkilerinin, başlangıçta oldukça geniş olduğu ve tarihsel süreç içinde demokratikleşme hareketlerinin etkisiyle gitgide sınırlandırıldığı bilinmektedir.⁵¹ *Formula* usûlünün uygulanmaya başlandığı Geç Cumhuriyet Döneminde *denegatio actionis* yetkisinin tanındığına kuşku yoktur; demokratik hareketlerin basıncı altında *magistratus* yetkilerinin pek çok sınırlamaya tâbi tutulduğu bu dönemde *denegatio actionis* tanınırken, *magistratusların* âdeta kral yetkilerini devraldığı ilk dönemlerde benzer bir yetkiye sahip olmamaları beklenemez.

Öte yandan, *imperiumun* niteliği *magistratusların* her zaman *denegatio actionis* yetkisine sahip olduğunu desteklemektedir. Cumhuriyet Dönemi *magistratuslarının* *imperiumu*, ataların

6) 47; Cuq (n 27) 362 n 5; Cornil (n 45) 132; Leopold Wenger, *Praetor und Formel* (Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1926) 55 ff; Leopold Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (Otis Harrison Fisk tr, rev edn, Rothman 1986) 103 ff; Giffard (n 4) 68; Kaser (n 26) 360 ff; Peter Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh University Press 1966) 17; Bernardo Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones* (Palumbo 1987) 115; Bruno Schmidlin et Carlo Augusto Cannata, *Droit privé romain II: Obligations, successions, procédure* (2^e éd, Payot 1991) 300 ff; Salvatore Sciortino, 'Denegare iudicium e denegare actionem' (2015) (58) *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo* 197, 235 ff; Emilio Caroli, 'Studi sulla bipartizione del processo privato romano' (Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano 2016) 133 ff.

49) Osk dilinde yazılmış yasanın Latince çevirisi şöyledir: praetor siue praefectus, quod posthac Bantiae fuerit, si quis apud eos cum altero lege agere uolet aut pro iudicato manum incere earum quae his legibus scriptae sunt, ne quem prohibuerit plus quam dies decem proximos. (12) si quis aduersus ea prohibuerit multa tanta esto, nummum mille, siue quis eum (plus) magistratus multare uolet, [dumtaxat] minoris partis pecuniae multa multare liceto. (Eğer bir kimse bundan sonra Bantiada *praetor* ya da *praefectus* olacak kişiler önünde başkasına karşı yasaya göre dava açmak ya da bu yasalarda yazılı meselelerde yargılama gereğince el koymak isterse, onu ilk on günden daha fazla engelleyemesinler. Eğer bir kimse bunlara aykırı olarak engellerse, ceza tutarı bin *sestertius* olsun ya da eğer bir *magistratus* onu daha fazla bir tutara çarptırmak isterse, parasının yarısından daha azına kadar bir tutara çarptırmasına izin verilsin). – Latince çeviri metni Crawford'a aittir. Bkz Michael Hewson Crawford, *Roman Statutes*, vol 1 (Institute of Classical Studies 1996) 281.

50) *Legis actiones* zamanında *magistratusun* *denegatio actionis* yetkisine sahip olduğunu doğrulayan metinler için bkz Titius Livius, *Ab Urbe Condita* 41.9.11; Valerius Maximus, *Factorum et dictorum memorabilium* VII.7.5; Cicero, *Ad Atticum* 7.2.8; *De Oratore* I. 36.166; *In Verrem* II.2.16.39. – Girard bu metinlerin birçoğunun, *formula* usûlünün yürürlüğe girmesinden önemli rol oynayan *lex Aebutia* yürürlüğe girdikten sonraki döneme ait olduğunu savunmuştur. Yazara göre *praetor denegatio actionis* yetkisine, katı şekilciliğinin terk edildiği *formula* usûlünde sahip olmuştur. Bkz Girard (n 42) 288; Girard (n 11) 1036 n 4.

51) Wlassak (n 48) 352 ff; Wenger (n 47) 53 n 72. – Buna karşın, medenî yargılama usûlünün, kamu hukukunun gelişim seyrine istisna oluşturduğu; özel hukuktan doğan uyumsuzlukların arkaik zamanlarda devlet tarafından değil, doğrudan kabile reisleri ya da kişilerin seçtiği özel kişiler tarafından karara bağlandığı ve zaman içinde devletin yerleşmesiyle birlikte özel kişiler arasındaki uyumsuzluklara devlet müdahalesinin mümkün hale geldiği de savunulmuştur.

âdetlerinden başka hiçbir sınırlamaya tâbi olmayan kralın *imperiumu* model alınarak tasarlanmıştır. Ordulara komuta etme, halk meclisleri ile *Senatus'u* toplantıya çağırma ve oturumlara başkanlık etme, yasa önerisinde bulunma gibi oldukça önemli yetkileri içeren *imperium*, aynı zamanda yargı yetkisi anlamında kullanılan *iurisdictioyu* da kapsamaktadır.⁵² Nasıl krallık zamanında yargı yetkisine sahip olan kral medenî uyuşmazlıkları bizzat karara bağlıyorsa, aynı şekilde Cumhuriyet dönemi *magistratus*larından *imperium* sahibi olanları da aynı yetkiye sahiptir.⁵³

Dolayısıyla *legis actiones* zamanında *imperium* ve *iurisdictio* yetkilerini ellerinde tutan *magistratus*lar, medenî yargılamalarda *denegatio actionis* yetkisine sahiptir. Yargılamanın ilk aşamasında yasa davasının ritüeli yerine getirilmeden önce yapılan ön görüşme sırasında *magistratus*, davalının ileri sürdüğü usûle ilişkin savunmaları karara bağlar; savunmanın haklı olması halinde *denegatio actionis* yaptırımını uygulanır ve dava yargıç önünde ikinci bir aşama hiç olmaksızın dava reddedilir. Böylelikle, Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen usûle ilişkin savunmalar, *formulanın* söz konusu olmadığı eski usûlde *magistratus denegatio actionis* sayesinde dikkate alınmış olur. *Denegatio actionis* yaptırımını, davalının savunmalarına yargılama sırasında sonuç bağlanması bakımından sonraki dönemin *exceptiosunun* işlevini yerine getirir.

IV. YASAYA AYKIRILIK SAVUNMALARININ DİKKATE ALINMASI

Legis actiones zamanında davalının usûle ilişkin savunmalarının yargılamanın ilk aşamasında yetkili *magistratus* tarafından dikkate alındığı ve haklı bulunmaları durumunda *denegatio actionis* yaptırımının uygulandığı yönündeki saptama, Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen bütün savunmalar için geçerli midir? Böyle bir soru sormakta yarar vardır; çünkü *exceptio* yoluyla ileri sürülen usûle ilişkin savunmalar ile diğer *exceptiolar* arasında niteliksel bir farklılık bulunur. Klasik Hukuk Döneminde *exceptioların* büyük çoğunluğu, kurumun ortaya çıkışı amacına uygun olarak hakkaniyeti sağlamaya yönelik maddî hukuktan doğan savunmalardır. Bazı usûle ilişkin savunmaların *exceptio* yoluyla ileri sürülmesi, eski usûlde *denegatio actionis* yetkisini kullanan *magistratusun* pratik sebeplerle şüpheli olgunun incelenmesini yargıca bırakmayı tercih etmesinden kaynaklanmıştır. Üstelik *exceptio* kurumu ortaya çıktığı zaman, bu tür usûle ilişkin savunmalar henüz *formula* içinde *exceptio* görünümünde bile değildir; yargıcın uyuşmazlığın esasına girmeden önce incelemesi için *formulanın* hemen başına ve yargıcı görevlendiren kaydın (*iudex esto*) hemen ardına yazılan *praescriptio pro reo* adlı kayıtlardır. Daha sonra esasen niteliği gereği *exceptiolar*dan ayrışan bu savunmalar, biçimsel benzerlikleri nedeniyle *exceptioların* arasına karışmışlar; *exceptio* olarak adlandırılıp *formulada* bu şekilde yazılmışlardır.⁵⁴ Dolayısıyla maddî hukuktan doğan *exceptiolar*

52 *Iurisdictio* yetkisi *imperiumun* doğal bir unsurudur. Bu doğrultuda bkz Keller (n 12) 7; Girard (n 11) 1032 n 5; Cuq (n 27) 805; Wenger (n 47) 31.

53 Kralın *iurisdictioya* sahip olduğuna ilişkin bkz Halikarnaslı Dionysios, *Romaikes Arkhaologias* 4.25: Τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ βασιλέων ἀπάσας ἀξιούντων ἐφ' ἑαυτοὺς ἄγειν τὰς δίκας καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τὰ τ' ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον δικαζόντων ἐκείνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δ' ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστὰς, ὄρους καὶ κανόνας αὐτοῖς τάξας, οὗς αὐτὸς ἔγραψε νόμους. – Cicero, *De Re Publica* 5.2.3: Nec vero quisquam privatus erat disceptator, aut arbiter litis; sed omnia conficiebantur iudiciiis regiis.

54 Bkz Gaius, *Institutiones* IV.133: Sed his quidem temporibus, sicut supra quoque notauimus, omnes praescriptiones ab

ile usûle ilişkin *exceptiolar* arasında gerek niteliksel gerek tarihsel gelişimleri bakımından önemli bir farklılık vardır. Bu nedenle yasa davaları zamanında usûle ilişkin savunmaların *magistratus denegatio actionis* yoluyla yargılama sırasında yaptırımı bağlayıcı olması tek başına, maddî hukuktan doğan *exceptiolar*ın da aynı şekilde değerlendirildiği anlamına gelmez.

Klasik Hukuk Döneminde *exceptio* yoluyla ileri sürülen maddî hukuka ilişkin savunma sebeplerinin birçoğunun hakkaniyete (*aequitas*) dayandığına ve eski hukukta hakkaniyet kavramına sonuç bağlanmadığına değinmiştik. *Exceptio doli mali* ve *pacti conventi* gibi hakkaniyete dayalı sayısız savunma, hakkaniyetin hukuk dışında kalması nedeniyle eski usûl zamanında ister *denegatio actionis* ister başka bir şekilde olsun, hiçbir şekilde dikkate alınmayabilir. Gelgelelim, bu olgu maddî hukuktan doğan savunmaların alanını önemli ölçüde daraltsa da, *legis actiones* zamanında hiçbir maddî hukuk savunmanın bulunmadığını göstermemektedir; çünkü maddî hukuka ilişkin *exceptiolar* hakkaniyete ilişkin olanlardan ibaret değildir.

Klasik Hukuk Dönemine ait bazı *exceptiolar*ın dayandığı hukuk kuralları, *praetor* tarafından hakkaniyet düşüncesiyle düzenlenmemiştir; bu tür *exceptiolar*a temel olan hukuk kuralı yasalarla yaratılmış olup, Gaius'un deyimiyle özlerini medenî hukuktan alırlar.⁵⁵ Örneğin, Klasik Hukuk Döneminde *praetorum exceptio* tanıdığı iki savunma sebebinin doğrudan bir yasayla düzenlendiği bilinmektedir: *exceptio legis (P)laetoriae* ile *exceptio legis Cinciae*. Gerek *lex Plaetoria*'nın gerek *lex Cincia*'nın *legis actiones* sistemi yürürlükteyken düzenlendiğine kuşku yoktur; bu dönemde *formulaya* eklenen bir kayıt olarak *exceptio* var olmadığına göre, bu yasalardan doğan savunmalara bir başka şekilde sonuç bağlanıyor olması gerekir.

Bu savunmalar yargıç tarafından dikkate alınmaz; çünkü bunların ileri sürülmesi yargılamanın teklifi ilkesine aykırı olarak yargılamaya ikinci bir olgunun taşınmasına anlamına gelir. Bunun sebebi, bu savunmaların, davacının hakkının doğrudan doğruya inkâr edilmesine ilişkin itiraz niteliği taşımamalarıdır: Yasak kuralını düzenleyen yasalar, kurala aykırı olarak yapılan işlemin ve bundan doğacak hakkın doğrudan geçersizliğini öngörmemiş, yalnızca bu tür işlemleri yasaklamıştır. Bu nedenle yasağa rağmen yapılan işlem geçerlidir; davacı bu işlemde doğan hakkını yargı önünde ileri sürebilir.

Bir görüşe göre eski usûl zamanında bu yasalardan doğan savunmalar, tıpkı usûle ilişkin savunmalar gibi, yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından karara bağlanır ve bu durumda *denegatio actionis* yaptırımı uygulama alanı bulur.⁵⁶ Bununla birlikte, bu görüşü benimseyen yazarların bazıları

actore proficiscuntur. olim autem quaedam et pro reo opponebantur, qualis illa erat praescriptio: EA RES AGATVR, SI IN EA RE PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT, quae nunc in speciem exceptionis deducta est et locum habet, cum petitur hereditatis alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat, uelut cum singulas res petat; est enim iniquum per unius.

55 Gaius Institutiones IV.118: Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. quae omnes uel ex legibus uel ex his, quae legis uicem optinent, substantiam capiunt uel ex iurisdictione praetoris proditae sunt. (Bazı def'ileri *praetor* bildirdiği ortaya koyar, bazılarını da meseleyi inceledikten sonra bahşeder. Bütün bunlar ya özlerini yasalardan ve yasa gücüne sahip olan işlemlerden alır ya da *praetorum* yargı yetkisinden kaynaklanır).

56 Yasaya aykırı taleplere karşı savunmaların *legis actiones* sisteminde yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından dikkate alındığı ve *denegatio actionis* yaptırımının uygulandığı yönünde bkz Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des*

magistratusun yasaya aykırı talebe karşı ileri sürülen savunmayı bizzat inceleyerek karara bağladığını, bazıları da *denegatio actionis* kararı verebilmek için savunmanın yerindelğine ilişkin gerekli incelemeyi *sponsio praeiudicialis*⁵⁷ aracılığıyla bir yargıca havale ettiğini iddia etmiştir.⁵⁸ Savunma ister *praetor cognitiosu*yla ya da *sponsio praeiudicialis* aracılığıyla yargıç incelemesiyle değerlendirilsin, en nihayetinde bu yazarların tamamı savunmanın haklı bulunması halinde *magistratus* tarafından *denegatio actionis* yaptırımının uygulanacağı konusunda görüş birliği içindedirler.

Gelgelelim *legis actiones* zamanında yasaya aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmaların *magistratus* tarafından dikkate alınıp haklı bulunması halinde davanın reddedildiği kanısında değiliz. *Imperium* ve *iurisdictio* sahibi *magistratusların datio actionis* ya da *denegatio actionis* yetkilerinin bulunuyor olması, bu yetkilerin her zaman kullanıldığı anlamına gelmez. *Lex Plaetoria* ve *lex Cincia* başta olmak üzere bir yasanın düzenlediği yasak kuralına aykırı taleplere karşı savunmalar, yargılamanın ilk aşamasında *magistratus* tarafından karara bağlanmaz.

Bu savunmaların yargılamanın ilk aşamasında dikkate alınması, bu konuda *magistratus* tarafından bir ön inceleme yapılmasına bağlıdır. Fakat bu inceleme talebin davacının talebi ile yasak kuralının maddi hukuk yönünden karşılaştırılmasını, bu nedenle de *magistratusun* zorunlu olarak uyuşmazlığın esasına girmesini gerektirir. Oysa *magistratus* uyuşmazlığın esasına girip olguları incelemez.⁵⁹ İkili yargılama usulünde *magistratusun* temel görevi, deliller aracılığıyla dava konusu asıl şüpheli olgu hakkında karar verecek olan yargıcın bu faaliyeti yerine getirebilmesi için davayı hazırlamaktır. Bu amaçla *magistratus* dava şartlarını inceler, *legis actio* için gerekli şeklin yerine getirilmesinde rol alır ve tarafların seçtiği kişiyi yargıç olarak görevlendirir. Bunun ötesinde *magistratusa* uyuşmazlığın esasına girerek yasaya aykırılık gibi bazı savunmaları değerlendirme rolünü atfetmek, iki aşamalı yargılama usulünün doğasıyla bağdaşmaz. Öyle ya, yargı yetkisine sahip olduğu düşünüldüğünde, bir kez uyuşmazlığın içeriği hakkında bilgi sahibi olduktan sonra *magistratusu*, uyuşmazlığı nihai

Römischen Privatrechts, zweiter Bd: Prätorisches, richterliches, kaiserliches Recht (Verlag von Franz Vahlen 1871) 280; Accarias (n 12) 1195 ff; Wlassak (n 12) 98 n 1; Charles Appleton, 'La Sanction de la loi Cincia sous les actions de la loi et en cas de délégation' (1931) 10(3) *Revue historique de droit français et étranger* (1922-) Quatrième série 423, 432; Albanese (n 48) 115.

- 57 Gaius'tan öğrendiğimiz *sponsio praeiudicialis*, arkaik dönemde hukuken tanınmadığı için dava konusu edilemeyen bir konunun, yargı önüne taşınabilmesi için uyuşmazlık taraflarınca yapılan *sponsio* adlı sözlü ve şekle bağlı sözleşmedir. Bkz Gaius *Institutiones* IV.94.
- 58 *Sponsio praeiudicialisin* eski usulde yasaya aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmaların yargılama sırasında ön sorun olarak bir başka yargıç tarafından değerlendirilmesini sağlamak için kullanıldığı yönünde görüş için bkz Savigny (n 14) 187; Keller (n 12) 154; Bethmann-Hollweg (n 12) 124. – Görüşe dayanak olarak gösterilen en önemli metin ve yorumu için bkz Friedrich Carl von Savigny, 'Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria' (1842) (10) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 232, 248. – Söz konusu metin Plautus'un *Rudens* (V.3.25-27) adlı komedyasına aittir; yirmi beş yaşından küçük Labrax adlı karakter yaş küçüklüğü nedeniyle kandırılarak sözleşme yaptığını, karşı tarafın davranışının *dolus* oluşturduğunu ileri sürer ve yargıca başvurmaktan söz eder. Gelgelelim bu metin *sponsio praeiudicialis* kanıtı olamaz; çünkü Labrax pekâlâ *actio legis Plaetoriae* adlı ceza davasından da söz ediyorsa olabilir. Aynı doğrultuda bkz Jhering (n 27) 119.
- 59 Kuşkusuz tarafların talep ettiği hukuki imkânların verilip verilmeyeceği sorunu, *magistratusun* uyuşmazlığın esas hakkında belirli bir düzeyde bilgi edinmesini gerektirir. Fakat bu durumda bile *magistratus* hiçbir zaman uyuşmazlığı dayandığı şüpheli olguyu (sözleşmenin kurulup kurulmadığı, borcun sona erip ermediği vs.) araştırmaz; talep edilen hukuki imkânları bu olguların gerçek olması varsayımında korunmaya değer bir menfaatin var olup olmayacağına göre tanır. Bkz Kaser (n 26) 330.

olarak karara bağlamaktan ne alıkoçabilir? *Magistratusun* uyuşmazlığın esasını karara bağladığı bir usul sisteminde bir yargıca gerek yoktur. İki aşamalı yargılama usulü Roma usul sisteminin tipik özelliğidir; On İki Levha Yasası zamanında özel hukuktan doğan uyuşmazlıkların biri *magistratus* önünde diğeri yargıç önünde olmak üzere iki aşamaya çoktan ayrılmış olduğu bir gerçektir.⁶⁰ *Magistratusun* ilk aşamada yasaya aykırılık savunmalarını dikkate alması ve dolayısıyla uyuşmazlığın esasına girmesi, iki aşamalı yargılama usulünün doğasına aykırı gibi görünür.

Bununla birlikte, *magistratusun* maddi hukuka ilişkin savunmaları bizzat karara bağlama yetkisine sahip olmadığını ileri süren geleneksel görüşe katılmak mümkün değildir. Geleneksel tarih yazımına göre iki aşamalı yargılama usulünün doğuşu, arkaik dönemde yargılamayı bizzat karara bağlayan kralın ve daha sonraki dönemde *magistratusların* yetkilerini sınırlamaya ve bu yetkilerin kullanımında keyfiyeti önlemeye yönelik demokratik bir reformun ürünüdür.⁶¹ Bu nedenle, medenî uyuşmazlıklarda bir yargıç atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir.⁶² Bu görüşün mantıksal sonucu, *legis actiones* zamanında *magistratusun* bir yasak kuralına aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmaları bizzat inceleyip karara bağlayamayacağıdır. Oysa yargıç atanması herhangi bir demokratik programın parçası olamaz. Eğer böyle olsaydı, her şeyden önce yargıçlık görevinin reformun demokratik niteliği gereği tüm vatandaşlara açık olması beklenirdi; fakat başlangıçta yalnızca senatörlerin, daha sonra *equites* kesiminden kişilerin bu göreve seçilebiliyor olması, böyle bir demokratik reformun söz konusu olmadığını göstermektedir.⁶³

İki aşamalı yargılama usulünün ortaya çıkışı pratik sebeplerden kaynaklanmıştır. Birincisi, *magistratus* kentnin büyümesiyle birlikte artan iş yükünü paylaşdırmak istemiştir.⁶⁴ Ayrıca *magistratus* politik makamının gerektirdiği tarafsızlığını sağlamak için özel menfaatlerin söz konusu olduğu medenî uyuşmazlıkları karara bağlama sorumluluğundan kurtulmak ve politik sermayesini bu uğurda harcamamak istemesi muhtemeldir. Kentin yönetimi için insanlara komuta etme ve emretmek olan *imperiumun* niteliği, deliller aracılığıyla şüpheli bir olgunu gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin kanaat getirmekten ibaret olan yargılama faaliyetiyle bağdaşmaz. O halde *legis actiones* zamanında

60 Gaius Institutiones IV.17a: Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIII X MILIA SESTERTIORVM DARE OPORTERE AIO: ID POSTVLO AIAS AN NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, TE PRAETOR IVDICEM SIVE ARBITRVM POSTVLO VTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.

61 Halikarnassoslu Dionysios bu reformun, kendi yetkilerini gönüllü olarak sınırlayan yüce gönüllü kral Servius Tullius'un eseri olduğunu ileri sürmüştür. Bkz Dionysios, Romaikes Arkhaologias 4.25. – Genellikle bu reform öğretilde Cumhuriyet Dönemi'nin bir ürünü olarak görülmüştür. Bu doğrultuda bkz Theodor Mommsen, *Droit public romain*, t III (trad PF Girard, réimpr 1893, Bocard 1984) 262; Otto Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, erster Bd: Staatsrecht und Rechtsquellen (Verlag von Veit & Comp 1885) 193; Girard (n 11) 21 ff; Cuq (n 27) 806; Wlassak (n 48) 328 ff; Wenger (n 47) 25 n 13.

62 İki aşamalı yargılama usulünün kaynağını kentnin kuruluş yasalarından alan bir zorunluluk olduğuna ilişkin bkz Girard (n 11) 1036; Lévy-Bruhl (n 47) 172.

63 Kaser (n 26) 332.

64 Yargı yetkisine sahip olan *magistratusun* iş yükü nedeniyle bir yargıç atadığı görüşü için bkz Friedrich Carl von Savigny, *Traité de droit romain*, t VI (trad Ch. Genoux, 2^e éd, Firmin Didot Frères 1859) 291; Kaser (n 26) 344 ff.

magistratus iurisdictio yetkisi gereği medenî uyuşmazlıkları doğrudan karara bağlama yetkisine sahip olsa da, artan iş yükü ve politik sebeplerle bu görevi özel bir kişiye havale etmeye başlamıştır.

Sonuç olarak, yasak kuralına aykırı taleplere karşı ileri sürülen savunmalar, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir incelemeyi zorunlu kıldığından, yargılamanın *in iure* aşamasında *magistratus* tarafından dikkate alınmaz; bu bakımdan usûle ilişkin savunmalardan ayrışır. Yasaya aykırılık savunmalarının yargılamanın teklifi ilkesi gereği ikinci aşamada yargıç tarafından dikkate alınmayacağını da belirtmiştik. Öyleyse yasaya öngörülen bir yasak kuralına aykırı olarak bir dava açıldığında davalı, haklı bir savunma sebebine sahip olmasına rağmen bu savunmayı yargılama sırasında ileri süremez ve mahkûm olmaktan kurtulamaz.

V. DAVA BİÇİMİNDE SAVUNMA SİSTEMİ

A. GENEL OLARAK

Cincius Yasası ve Plaetorius Yasası gibi eski hukuk zamanında çıkarılmış olan ve bir yasak kuralı düzenleyen yasalardan doğan savunma sebeplerinin yargılama sırasında dikkate alınmıyor olması bu yasaların niteliğiyle ilgilidir. Cincius Yasası *lex imperfecta*, Plaetorius Yasası ise *lex minus quam perfecta* niteliği taşır. Bu tür yasaların ortak özelliği, yaptırımlarındaki eksikliklerdir. Günümüzde olduğu gibi, Klasik Roma Hukukunda da yasaya aykırı yapılan bir işlem için öngörülen olağan yaptırım geçersizliktir; bu tür yasalar *leges perfectae* olarak adlandırılmıştır. Gelgelelim eski hukukta çıkarılan yasalar, *lex perfecta* niteliği taşımaz; yasaların halen istisnai olduğu bu dönemde çıkarılan yasalar, yasağa aykırı bir hukukî işlemin geçersizliğini öngörmez. Bu durumda yasağa aykırı işlem ve ondan doğan hak geçerlidir. Bu nedenle, bir kimse yargı önünde yasağa aykırı bir talepte bulunabilir; davalı ise gördüğümüz gibi, davacının hakkını inkâr etmediği için yasadan doğan savunmayı ileri süremez.

Öte yandan gerek *lex imperfecta* gerek *lex minus quam perfecta* niteliği taşıyan yasalar hiçbir hukukî sonuç doğurmayan düzenlemeler de değildir.⁶⁵ Bu yasalar davalıya, mahkûmiyetle sonuçlanan yargılamanın ardından davacıya karşı yasaya aykırı bir talepte bulunmuş olduğunu dava yoluyla ileri sürme imkânı tanır. Böylelikle davalı mahkûm olmuş olduğu miktarı duruma göre aynen ya da misliyle geri isteme imkânına sahip olur.

Yasaya aykırı bir takibe maruz kalan kişiye sağlanan hukukî koruma eski usûl sisteminde görüldüğü gibi oldukça dolaylıdır. Eski usûlün kendine özgü koşulları gereği yargılama sırasında ileri sürülemeyen itirazlar dışındaki maddî hukuka ilişkin savunmalar, daha sonra bir başka yolla ileri sürülür. Mahkûm olunan miktarın aynen ya da misliyle iadesine yönelik sonraki dava ise savunma amaçlıdır; daha önce mahkûm olmuş kişi bu yeni davada davacı görünümünde olsa da, aslında bu dava kaybedilen önceki davanın bir uzantısıdır. Önceki yargılama sırasında ileri sürülemeyen savunmaların, bu kez iddia şeklinde yeni bir davada ileri sürülmesinden ibarettir. Bu nedenle *legis actiones* zamanında maddî hukuka ilişkin itiraz dışındaki savunmaların bu ileri sürülme biçimi, *dava biçiminde savunma sistemi* (System der Vertheidigung in Form der Klage) olarak adlandırılmıştır.⁶⁶

65 Senn (n 47) 16.

66 Bu adlandırmayı Jhering'e borçluyuz. Bkz Jhering (n 27) 107 ff. – Jhering'in ortaya attığı bu teoriyi destekleyen yazarlar

Bununla birlikte geçersizlik yaptırımını öngörmeyen bütün yasaların doğrudan ya da dolaylı sonuçları bir değildir. Bazı yasalara aykırı taleplere karşı savunma amaçlı açılan dava ceza davası niteliğindeki, bazıları yasaların yaptırımını ise yalnızca mahkûm olunan miktarın olduğu gibi iadesidir. Dolayısıyla dava biçiminde savunma sistemine göre uygun dava, yasanın niteliğine ve yaptırımına göre farklılık göstermektedir.

B. LEX MINUS QUAM PERFECTA VE MİSLİYE İADE

Ulpianus *lex minus quam perfecta*nın tanımını şöyle yapmıştır: “Bir şeyin yapılmasını meneden, eğer yapılmışsa da onu bozmayan, fakat yasaya aykırı olarak yapılan bir ceza bağlayan yasa daha az tam yasadır.”⁶⁷ *Lex minus quam perfecta* yasağa aykırı hukuki işlemi geçersiz kılmayan, fakat yasaya aykırı işleme dayanarak hak talebinde bulunan kişiye yönelik bir para cezası öngören bir yasadır. *Lex minus quam perfecta* tipinde bir yasanın öngördüğü yasak kuralına aykırı bir talebin yöneltildiği yargılama davalının mahkûmiyetiyle sonuçlandıktan sonra, bu kez davalı kendisine karşı yasak kuralına aykırı bir takipte bulunulduğunu ileri sürerek mahkûm olmuş olduğu miktarı misliyle geri alma hakkına sahiptir.

Gaius'tan öğrendiğimize göre *lex minus quam perfecta* niteliği taşıyan yasaların öngördüğü para cezasını elde etmek için, beş yasa davası arasında *legis actio per manus iniectio* adlı yargı yoluna başvurulur.⁶⁸ Esasen *manus iniectio*, kişi üzerinde icranın söz konusu olduğu eski hukukta alacaklının borcunu ödemeyen borçluyu alıkoymasına olanak sağlayan bir icra yoludur;⁶⁹ fakat bu yargı yolu aynı zamanda *lex minus quam perfecta* tipindeki yasaların yaptırımını hayata geçirmek için kullanılmıştır. Bu icra yolunda öngörülen, borçlunun *vindex* adlı bir garantör göstererek alacaklının kendi üzerine koymuş olduğu eli kaldırması imkânı, onun yasaya aykırı taleplere karşı da uygulanmasını mümkün kılmıştır. Yasa davasının olağan uygulama alanından bir sapma oluşturan bu kullanımında, *manus iniectio pro iudicato*, yani bir yargılama gereğince el koymadan söz edilir.⁷⁰ Bu durumda el koyan karşı tarafın hakkındaki mahkûmiyet kararına rağmen borcunu ödemediğini değil, onun kendisine karşı yasaya aykırı bir takipte bulunmuş olduğunu ileri sürer.

icin bkz Karlowa (n 27) 348; Lenel (n 5) 47; Girard (n 11) 1093 n 4; Malberg (n 6) 52 ff; Senn (n 47) 94 n 3.

67 Ulpianus Reglae pr.2: Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit.

68 Gaius *manus iniectio* yoluyla bir yaptırma kavuşan yasalara örnek olarak *lex Furia de sponsu*, *lex Marcia de usuris* ve *lex Furia testamentaria* adlı yasalardan söz etmiştir. Bkz Gaius Institutiones IV.22-24.

69 Bkz Gaius Institutiones IV.21: Per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prendebat; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uinciebatur. [Aynı şekilde el koyma davası, bir yasayla bu şekilde dava açılacağı düzenlenmiş olan şeyler hakkında da açılırdı; örneğin On İki Levha Yasası'na göre, bir yargı kararına ilişkin olduğu gibi. Bu dava şöyleydi. Davacı şöyle derdi: *Bana karşı yargılandığım ya da mahkûm olduğum on bin sestertiusu sen zamanında ödemedin, bu mesele yüzden yargılamamın on bin sestertiusu için ben sana el koyuyorum*. Ve bunu der demez onun vücudunun bir parçasını kavradı; yargılanmış olanın eli üzerinden çekmesine ve kendi kendine yasa davasını yürütmesine izin verilmezdi, fakat kendisi yerine davayı yürütmesi âdet olan bir *vindex* atardı. Bir *vindex* atamayan, davacı tarafından eve götürülür ve zincire vurulurdu].

70 Bu deyim için bkz Gaius Institutiones IV.22.

Manus iniecto pro iudicato şu şekilde gerçekleşir: Daha önce bir yargılamada bir yasak kuralına aykırı olarak mahkûm olmuş el koyan, *manus iniectio*nun olağan seyrine uygun olarak kendisine karşı böyle bir takipte bulunmuş olan alacaklısına el koyar; ardından zincire vurulmak istemeyen el koyulan, *vindex* belirleyerek ya da istisnai hallerde buna gerek kalmaksızın üzerindeki eli kaldırıp el koyan tarafından alıkoyulmaktan kurtulur. Gaius prosedürün devamını betimlememiş olsa da tahmini hiç güç değildir: El koyulanın eli kaldırması el koyanın iddiasının, yani yasaya aykırı bir mahkûmiyet kararının inkârı anlamına geldiğine göre artık şüpheli bir olgu ortaya çıkmıştır; bu durumda icra yolunun devam edebilmesi için öncelikle bu olgunun araştırılması ve taraflardan hangisinin haklı olduğunun tespiti gerekir.

Magistratusun atadığı bir yargıç, daha önce borçlu ya da el koyan aleyhinde verilmiş yasak kuralına aykırı bir mahkûmiyet kararı bulunup bulunmadığı inceler. Böylelikle icra prosedürü bir icra davasına dönüşmüş olur. İncelemenin sonucunun olumlu olması halinde el koyulan ve onu kaldıran, yasağa aykırı bir takipte bulunmuş olduğu için el koyanın mahkûm olmuş olduğu miktarın iki katı tutarında bir para cezası ödemeye mahkûm edilir.⁷¹ Sonuç olarak, kendisine karşı yasaya aykırı bir mahkûmiyet elde edilmiş olan borçlu, daha sonra *manus iniectio* yoluyla mahkûm olmuş olduğu miktarın iki katını elde edebilir.

C. LEX IMPERFECTA VE AYKEN İADE

Ulpianus günümüze büyük eksikliklerle ulaşmış olan metninde, *lex imperfecta*yı şu şekilde açıklamıştır: “(...) bazı *cognatio* hısımları dışında (...) yasaklar; eğer daha fazlası bağışlanmışsa da bunu bozamaz.”⁷² Lex Cinciadan söz eden Ulpianus, *cognatio* hısımları istisna olmak üzere belirli bir sınırın üstündeki bağışlamaların yasa tarafından yasaklandığını, yasaya aykırı bağışlamaların da geçerliliğini koruduğunu belirtmiştir. *Lex imperfecta* bu bakımdan *lex minus quam perfecta*ya benzemektedir; fakat iki farklı yasa tipi arasında önemli bir farklılık vardır: Gördüğümüz gibi *lex minus quam perfecta* yasak kuralına aykırılığın yaptırımı olarak asıl miktarın iki katı tutarında bir para cezası öngördüğü halde⁷³, *lex imperfecta* böyle bir ceza öngörmez. Bu durum *lex imperfecta*nın hiçbir hukukî sonuç doğurmayan bir yasa olarak görülmesine neden olmuştur. Oysa *lex imperfecta*nın önemli bir işlevi vardır. *Lex imperfecta* tipindeki yasak kuralı düzenleyen yasalar, yasağa aykırı olarak

71 İki kat tutarındaki para cezası *manus iniectio*nun doğrudan ve doğal bir yaptırımı değil, birçok davada söz konusu olan, davacının iddiasını haksız yere inkâr eden davalıya yönelik olarak öngörülmüş olan bir yargılama kuralıdır. – Bu kural için bkz Gaius *Institutiones* IV.171: *aduersus infitantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur.* (inkâr edenlere karşı bazı hallerde iki kat davası düzenlenir, örneğin eğer yargılama, ödeme, verilen zarar, *damnatio* yoluyla bırakılan belirli mallar sebebiyle bir dava açılırsa).

72 Ulpianus *Reglae* pr.1: “... prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit. – Ayrıca bkz Macrobius (*In somnium Scipionis* II.17.13) *lex imperfecta* tanımını doğrulamıştır: *Sed quia inter leges quoque illa imperfecta dicitur in qua nulla deviantibus poena sancitur.*” (Fakat yasalar arasında da, ihlal edenlere hiçbir ceza öngörmeyene tam olmayan yasa denir).

73 Klasik Hukuk Döneminde iki kat cezasının *manus iniectio*nun doğrudan ve doğal bir yaptırımı olmadığı gözardı edilmiş, bu yaptırım *manus iniectio*ya ve onun uygulanmasına neden olan yasaya atfedilmiştir. Yasak kuralı düzenleyen yasalar yaptırım türüne göre sınıflandırınca, *lex minus quam perfecta*nın yasak kuralın aykırı işlemi geçersiz kılmamakla birlikte para cezası öngören bir yasa olduğu kabul edilmiştir.

yapılan hukukî işlemleri hukukî sebep yönünden sakatlar; böylelikle yasal sınırı aşan bağışlamaların sebepsiz zenginleşme teorisi uyarınca bağışlayana iade edilmesi olanaklı olur.

Bağışlamanın iadesi beş yasa davası arasında *legis actio per condictioem (condictio)* yoluyla talep edilir. Aslında *condictio* yalnızca sebepsiz zenginleşme davası değil, genel olarak bir alacak hakkını talep etmek için başvuru olan bir davadır. Nitekim Gaius *condictio*nun bu özelliğini açıkça bildirmiştir: “Şeye yönelik davalar *vindicatio*, bir şeyin verilmesinin ya da yapılmasının gerektiğini iddia ettiğimiz kişiye yönelik davalar ise *condictio* olarak adlandırılır”.⁷⁴ Bu davanın en önemli uygulama alanlarından biri geçerli bir sebebe dayanmayan kazandırmaların iadesidir. Sebepsiz zenginleşme teorisinin *legis actiones* zamanında da var olan çok eski bir kuram olduğu bilinmektedir.⁷⁵ Daha sonra Klasik Hukuk Döneminde *condictio*lar farklı sebeplerine göre sınıflandırıldığında, yasağa aykırı kazandırmaların iadesini amaçlayan kişiye yönelik dava, *condictio ob iniustam causam* ya da *condictio ex iniusta causa* olarak adlandırılmıştır.

Dolayısıyla *legis actiones* zamanında *lex Cincia* gibi *lex imperfecta* niteliği taşıyan bir yasayla yasaklanan bir hukukî işleme dayanarak alacaklı borçlunun mahkûm olmasını sağladığında, daha sonra borçlu kendisine karşı yasak kuralına aykırı bir takipte bulunduğu ileri sürerek *condictio* yoluyla vermiş olduğunun iadesini elde edebilir. Bu durumda mahkûmiyet yalın iadeye (*in simplum*) ilişkindir, yani mahkûmiyet miktarı kazandırma miktarının aynısıdır; çünkü davanın amacı yalnızca geçerli bir sebebe dayanmayan kazandırmanın iadesidir. *Lex minus quam perfecta* için gündeme gelebilecek *manus iniectio*nun aksine, *condictio* adlı davada uyumsuzluk konusu miktarı aşan bir para cezasına ya da misliyle iadeye imkân veren herhangi bir hukuk kuralı uygulanmaz.

VI. SONUÇ

Sonuç olarak, yazılı dava *formulasına* eklenen bir kayıt olan *exceptio* bu şekilde dava açmanın olanaklı olmadığı *legis actiones* sisteminde doğal olarak var olamaz. Bu durumda, Klasik Hukuk Döneminde kural olarak bir *formula* kaydı yoluyla ileri sürülen savunma sebeplerinin eski usûlde ileri sürülüp sürülemediği sorunu gündeme gelir. Arkaik dönemin ilksel toplumsal ve ekonomik koşullarında temel olarak üretim ve mübadele ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları da basittir. Hukuk kurallarının âdil olmayan sonuçlar doğurması halinde bu kurallardan ayrılınmasını gerektirecek hakkaniyet kavramı henüz hukukun konusu değildir. Klasik Hukuk Döneminde *exceptionun* ortaya çıkışında başat rol oynayan hakkaniyete dayalı savunmalar *legis actiones* zamanında hukuk dışı olgulardır. Bu nedenle, eski usûl sisteminde davacının dayandığı hakkın kayıtsız şartsız inkârı dışındaki savunmalar, ileri sürmenin bir başka yolu olsa bile pek az olmalıdır.

Yargılama sürecinde egemen olan katı şekilcilik ve teklik ilkesi gereği yargıç ne usûle ilişkin savunmaları ne de itirazlar dışındaki maddî hukuk savunmalarını dikkate alabilir; buna karşın,

74 Gaius Institutiones IV.5: Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam uero actiones, quibus dari fieriue oportere intendimus, conductiones.

75 Ulpianus D.12.5.6: Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condicti: in qua sententia etiam Celsus est. (Sabinus bir kimsenin haksız sebeple elinde olanın *condictio* ile talep edilmesinin mümkün olduğunu düşünen eskilerin görüşünü daima onaylamıştır. Celsus da bu görüştedir).

yargılamanın hazırlık aşamasında görevli *magistratus*, *iurisdictio* yetkisi gereği savunmaları karara bağlayıp gerektiğinde davayı reddedebilir. Gelgelelim uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirme yapmamayı âdet edinmiş olan *magistratus*lar, yasada düzenlenmiş bir yasak kuralına aykırı taleplere karşı savunmalar gibi maddî hukuka ilişkin itiraz dışındaki savunma sebeplerini hiç incelememişlerdir. Bu nedenle, eski usûlde bu tür savunma sebeplerinin varlığına rağmen, davalı bu savunmalarını yargılamanın hiçbir aşamasında ileri sürme imkânına sahip değildir. Bu büyük eksiklik, davalıya kendisine karşı yasaya aykırı bir takipte bulunmuş olduğunu yeni bir davayla ileri sürme imkânı tanınarak giderilmeye çalışılmıştır. Savunma amaçlı dava sistemi olarak adlandırılan bu işleyişte, davalı yargılama sırasından ileri süremediği savunmayı bir iddia haline getirerek ihlal edilen yasak kuralının niteliğine göre yalın ya da misli iade talebinde bulunabilir.

KAYNAKÇA

- Accarias C, *Précis de droit romain*, t II (4^e éd, Cotillon 1886).
- Albanese B, *Il processo privato romano delle legis actiones* (Palumbo 1987).
- Appleton C, 'La Sanction de la loi Cincia sous les actions de la loi et en cas de délégation' (1931) 10(3) *Revue historique de droit français et étranger* (1922-) Quatrième série 423-449.
- Bekker EI, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts*, zweiter Bd: Prätorisches, richterliches, kaiserliches Recht (Verlag von Franz Vahlen 1871).
- Bethmann-Hollweg MAvon, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, erster Bd: Der Römische Civilprozess, Legis Actiones (Adolph Marcus 1864).
- Caroli E, 'Studi sulla bipartizione del processo privato romano' (Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano 2016).
- Cornil G, *Ancien droit romain: Le problème des origines* (Librairie des sciences juridiques & Recueil Sirey 1930).
- Crawford MH, *Roman Statutes*, vol 1 (Institute of Classical Studies 1996).
- Cuq E, *Manuel des institutions juridiques des romains* (2^e éd, Plon 1928).
- De Martino F, *La giurisdizione nel diritto romano* (CEDAM, 1937).
- Giffard AE, *Leçons sur la procedure civile romaine* (Domat-Montchrestien 1932).
- — *Précis de droit romain*, t I-II (2. éd, Dalloz 1934).
- Girard PF, 'La date de la loi Aebutia' (1897) 21 *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 249-294.
- — 'Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia' (1908) 29 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanische Abteilung* 113-169.
- — *Manuel élémentaire de droit romain* (rééd Jean-Philippe Lévy, 8^e éd, Dalloz 2003).
- Greenidge AHJ, *The Legal Procedure of Cicero's Time* (Clarendon Press 1901).
- Huvelin P, 'L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule' ds *Mélanges Gérardin* (Sirey 1907) 319-354.
- Jhering Rvon, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t III (trad Meulenaere, Marescq 1877).
- — *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t IV (trad Meulenaere, 2^e éd, Marescq 1880).
- Karlowa O, *Der Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (Weidmannsche Buchhandlung 1872).
- — *Römische Rechtsgeschichte*, erster Bd: Staatsrecht und Rechtsquellen (Verlag von Veit & Comp 1885).
- Kaser M, 'Prätor Und Judex Im Römischen Zivilprozess' (1964) (32) *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 329-362.
- — und Hackl K, *Das Römische Zivilprozessrecht* (zweite Aufl, Beck 1996).

- Keller FLvon, *De la procédure civile et des actions chez les romains* (trad Charles Thorin, Capmas 1870).
- Lenel O, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen* (Gustav Koester 1876).
- — ‘Der Prätor im legis actio’ (1909) (30=43) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 329-354.
- — *Das Edictum Perpetuum* (dritte verbesserte Aufl, Verlag von Bernhard Tauchnitz 1927).
- Lévy-Bruhl H, ‘La causae cognitio sous la procédure formulaire’ (1924) (5) Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 383-431.
- — *Recherches sur les actions de la loi* (Sirey 1960).
- Malberg RCde, ‘Histoire de l’exception en droit romain et dans l’ancienne procédure française’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris 1887).
- Mommsen T, *Droit public romain*, t III (trad PF Girard, réimpr 1893, Boccard 1984).
- Pétrau-Gay J, ‘Évolution historique des *exceptiones* et des *praescriptiones*’ (Thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Lyon 1916).
- Savigny FCvon, ‘Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria’ (1842) (10) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 232-297.
- — *Traité de droit romain*, t V (trad Ch. Genoux, 2^e éd, Firmin Didot Frères 1858).
- — *Traité de droit romain*, t VI (trad Ch. Genoux, 2^e éd, Firmin Didot Frères 1859).
- Schmidlin B et Cannata CA, *Droit privé romain*, t II: Obligations, successions, procédure (2^e éd, Payot 1991).
- Sciortino S, ‘Denegare iudicium e denegare actionem’ (2015) (58) Annali del seminario giuridico dell’Università degli studi di Palermo 197-240.
- Senn F, *Leges perfectae minus quam perfectae et imperfectae* (Arthur Rousseau 1902).
- Stein P, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh University Press 1966).
- Wenger L, *Praetor und Formel* (Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1926).
- — *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (Otis Harrison Fisk tr, rev edn, Rothman 1986).
- Wlassak M, *Römische Prozessgesetze: Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens Zweite Abteilung* (Duncker & Humblot 1891).
- — ‘Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren: Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis’ (1907) (28=41) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 1-113.
- — *Der Ursprung der römischen Einrede* (Gerold & co 1910).
- Zimmern SW, *Traité des actions ou Théorie de la procédure civile chez les romains: Exposé historiquement depuis son origine jusqu’à Justinien* (trad Louis Etienne, 2^e éd, Toussaint 1846).