

ROMA HUKUKUNDA HÂKİM VE SORUMLULUĞU

Ahmet KARAKOCALI

DOKTORA TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Şubat 2010

DOKTORA TEZ ÖZÜ**ROMA HUKUKUNDA HÂKİM VE SORUMLULUĞU**

Ahmet KARAKOCALI
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şubat 2010
Danışman: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Roma hukukunda hak kavramı, hukukun merkezinde yer alırdı. Ancak Romalılar, bu kavramın özü ve niteliğinden çok hakların korunmasının başlıca yolu olan davalara önem vermişlerdir. Böylelikle adâlet ve hakkaniyetin, teorik varlığından çok uygulamada yer alması sağlanmıştır.

Adâlet temeline dayanan bir hukuk sisteminde, kanun koyucular tarafından getirilen kurallar gereği gibi uygulanmaz ve hukuk kurallarına aykırı davranışlar denetlenmezse, hukukun âdilliği sorgulanmaya başlanır. Romalılar, böyle bir denetimin yargılama hukuku kuralları ve yargı organları aracılığı ile yapılabileceğini kabul ederek, günümüz toplumlarında kullanılan genel ifade ile, hâkim ya da hâkimleri uyuşmazlıkların çözümünde görevli ve yetkili kılmışlardır. Bu kişilerin onurlu bir sıfat taşıdıkları kabul edilirdi. Roma hukukunda farklı yargılama sistemlerinde hâkimlerin özellikleri, seçilmesi ve fonksiyonları gibi temel konularda farklı düzenlemelerin getirildiği görülür. Bir diğer önemli düzenleme ise günümüz toplumlarında olduğu gibi, farklı nedenlere dayansa da, Roma hukukunda da hâkimin sorumluluğunun kabul edilmesidir.

Roma usûl hukukunda, yargılama sistemleri dönemlere göre ciddi değişiklikler geçirmiştir. Bu dönemler içerisinde hâkim kavramının, hâkimin yargılamadaki fonksiyonlarının ve bu fonksiyonların belirleyicilerinin ve son olarak hâkimin sorumluluğunun ne şekilde değişim gösterdiğinin incelenmesi, günümüzde hâkim kavramına verilen anlamın ve yine hâkimin görev ve sorumluluklarının kökenlerinin belirlenmesini sağlayacaktır.

ABSTRACT**JUDGE AND HIS LIABILITY IN ROMAN LAW****Ahmet KARAKOCALI****Department of Private Law****Anadolu University Graduate School of Social Sciences, February, 2010****Advisor: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL**

In Roman Law, the term of right takes place in the centre of law. However, actions at law which are the main protection method of rights were taken into consideration more than the essence and nature of rights. This caused to be in practice of justice and equity effectively more than the existence of justice and equity in theory.

In a justice - based law system, if the rules which are constituted by law makers should not be applied as required and if the breach of laws is not to be supervised, justice of law is inquired. Romans, accepting that supervising of rules of laws could be done by rules related to judging and judicial bodies, charged and authorized judge and judges, most commonly used word in modern societies for those. It is accepted that judge carries a proud title. In Roman Law, it is seen that there were many different regulations concerning with main subjects as features, selection and functions of judge, in different judging systems. Another regulation is acceptance of the liability of judge which is accepted by modern societies as well, though it is based different reasons in Roman Law

In Roman Procedural Law, judging systems underwent some serious changes in some periods. An analysis of the term of judge, his functions in hearing and determining of this functions and lastly how changed the liability of judge within these periods will show us the meaning of judge and the origin of judge's duties and liabilities at the present day.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ahmet KARAKOCALI'nın "Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu" başlıklı tezitarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, özel hukuk doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı)	: Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL	
Üye	: Prof. Dr. Özcan UÇKAN	
Üye	: Prof. Dr. Nüvit GEREK	
Üye	:	
Üye	:	

Prof. Dr. Ramazan GEYLAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

Ahmet KARAKOCALI

**Özel Hukuk Anabilim Dalı
Doktora**

Eğitim

Y. Ls.	2005	Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ls.	2003	Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	1999	Eskişehir, Yunus Emre Lisesi (Yabancı Dil Ağırlıklı)

İş/İstihdam

2003-	Araştırma Görevlisi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
--------------	---

Mesleki Birlik/Dernek/Kuruluş Üyelikleri

2004-	Eskişehir Barosu
--------------	------------------

Başarı ve Ödüller

2009-	Sheffield Hallam Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erasmus Personel Hareketliliği Programı Katılım Sertifikası
2008-	Berlin Freie Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erasmus Personel Hareketliliği Programı Katılım Sertifikası
2007-	Avrupa Birliği Sokrates Programı, Doktora Düzeyinde Öğrenci Değişim Bursu, Sheffield Hallam Üniversitesi, İngiltere
2004-	Jean Monnet Projesi Avrupa Birliği Eğitim Programı Katılım Sertifikası

Yayın

“İflas Davasında Taraf Sıfatının İncelenmesi”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt 1, 2009

“Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketicilik Vasfı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Haziran 2008.

“Access to Justice in the Information Society”, **2008 Annual Meeting of the Law and Society Association**, at the Hilton Bonaventure, Montreal, Quebec, Canada May 29 – June 1, 2008, 30/05/2008

“The Effects and Importance of The Roman Law For The Understanding of European Legal Systems”, **2007 Annual Meeting of the Law and Society Association**, Humboldt University, Berlin, July 25-28., 25/07/2007

“Tüketici Kredisi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü,” **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı no 7, Haziran, 2005.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: Hatay, 15 Haziran 1981 **Cinsiyeti:** Erkek **Yabancı dil:** İngilizce

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HÂKİM

1. ROMA USÛL HUKUKUNUN GELİŞİMİ	9
1.1. Genel Olarak.....	9
1.2. Özel Yargılama Sisteminin (<i>Ordo Iudiciorum Privatorum</i>) Özellikleri.....	15
1.2.1. Yasal Davalar (<i>Legis Actiones</i>) Yargılaması	16
1.2.2. <i>Formula</i> Yargılaması.....	19
1.3. Sistem Dışı Yargılamanın (<i>Cognitio Extra Ordinem</i>) Özellikleri	23
2. ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİNDE HÂKİM.....	25
2.1. Genel Olarak.....	25
2.1.1. Roma Ceza Usûl Hukukunda Hâkimler.....	29
2.1.1.1. Roma Ceza Hukukunun Gelişim Süreci	29
2.1.1.2. <i>Questiones</i> ve <i>Questiones Perpetuae</i> Usûlü	31
2.1.1.2.1. Gelişim Süreci	31
2.1.1.2.2. <i>Questiones Perpetuae</i> 'nin Yapısı.....	37
2.1.1.2.3. <i>Questiones Perpetuae</i> 'nin Yargılama Şekli	38
2.1.2. Roma Medenî Usûl Hukukunda Hâkim (<i>Iudex</i>).....	41
2.1.2.1. Niteliğinin Belirlenmesi.....	41
2.1.2.2. Hakem (<i>Arbiter</i>) ve Hâkim (<i>Iudex</i>) Ayrımı	44
2.1.2.3. Hâkim Olabilmek İçin Aranılan Özellikler	48
2.1.2.4. Hâkimlerin Seçilmesi	55
2.1.2.5. Hâkimlerin Atanması	59
2.1.2.6. Hâkimlerin Hukukçu Olma Zorunluluğunun Bulunmaması	61
2.1.2.7. Hâkimin Reddi	66
2.1.2.8. Heyet Halinde Görev Yapan Çeşitli Mahkemeler	68
2.1.2.8.1. <i>Decemviri Stlitibus</i> (<i>Decemviri Litibus</i>) <i>Iudicandis</i>	68
2.1.2.8.2. <i>Centumviri</i>	70
2.1.2.8.3. <i>Recuperatores</i>	75
2.1.2.9. <i>Formula</i> ve Hâkim.....	78
2.1.2.9.1. Genel Olarak Dava <i>Formula</i> 'sı	78
2.1.2.9.2. <i>Nominatio Iudicis</i> ve Hâkimsiz <i>Formula</i> Olabileceği Fikri.....	80

2.1.2.9.3. <i>Formula</i> 'nın Bölümleri ve Hâkim İçin Bağlayıcılığı.....	82
---	----

3. SİSTEM DIŞI YARGILAMADA HÂKİM.....	89
3.1. Roma Ceza Usûl Hukukunda Hâkimler	89
3.2. Roma Medenî Usûl Hukukunda Hâkim.....	91
3.3. Sistem Dışı Yargılamada Hâkimin Değişen Fonksiyonları	95
3.4. Üst Derece Yargı Organları.....	97
3.4.1. İmparator	98
3.4.2. <i>Praefectus Praetorio</i>	102
3.4.3. Eyalet ve Merkez Valileri	104
3.4.3.1. Eyalet Valileri (<i>Praeses Provinciae</i>)	104
3.4.3.2. Merkez Valisi (<i>Praefectus Urbis</i>)	108

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *MAGISTRA* VE HÂKİMİN SORUMLULUĞU

1. <i>MAGISTRA</i> 'LARIN SORUMLULUĞU	110
1.1. <i>Magistra</i> ve <i>Imperium</i> Yetkisi.....	110
1.2. <i>Magistra</i> 'nın Yargı Yetkisi (<i>Iurisdictio</i>).....	115
1.3. <i>Magistra</i> 'ların Dokunulmazlığı	120
1.4. <i>Magistra</i> 'ların Denetlenmesi.....	122
1.4.1. <i>Provocatio</i>	122
1.4.2. Diğer Denetim Yolları.....	126
1.5. <i>Magistra</i> 'ların Görevlerine Son Verilmesi	127
2. ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİNDE HÂKİMİN SORUMLULUĞU.....	128
2.1. Genel Olarak.....	128
2.2. Hâkimin Aldığı Rüşvet Dolayısıyla Cezai Sorumluluğu.....	132
2.2.1. Oniki Levha Kanunları'nda	132
2.2.2. <i>Lex de Pecunia ob Rem Iudicandam</i>	135
2.2.3. <i>Lex Sempronia Ne Quis Iudicio Circumveniretur</i>	136
2.2.4. <i>Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis</i>	137
2.2.5. <i>Lex Cornelia de Falsis vel Testamentaria vel Nummaria</i>	140
2.2.6. <i>Lex Julia de Repetundis</i>	142
2.3. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğu.....	146
2.3.1. Roma Hukukunda Anahatları İle Sorumluluk	146
2.3.1.1. Kusur Kavramı ve Çeşitleri	148
2.3.1.1.1. Kasıt (<i>Dolus</i>)	149
2.3.1.1.2. İhmal (<i>Culpa</i>)	150
2.3.2. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğunun Dayanağı: <i>Si Iudex Litem Suam Fecit</i> (Hâkimin Uyuşmazlığı Kendisine Mal Etmesi).....	152
2.3.3. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğunun İleri Sürüldüğü Dava (<i>Actio in Iudicem Qua Litem Suam Fecit</i>)	157
2.3.4. <i>Si Iudex Litem Suam Fecit</i> 'e İlişkin Roma Hukuku Metinleri	160
2.3.5. <i>Litem Suam Facere</i> 'nin Anlamı.....	165
2.3.6. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğuna Yol Açan Davranışları.....	167

2.3.6.1. <i>Formula</i> Metnine Aykırı Kararlar	167
2.3.6.2. Esasa İlişkin Hukuka Aykırı Kararlar.....	171
2.3.6.2.1. Kasten Hukuka Aykırı Karar Vermesi.....	171
2.3.6.2.2. İhmal Sonucunda Hukuka Aykırı Kararlar Vermesi	176
2.3.6.3. “ <i>Iniuria Iudicis</i> ”, Hâkimin Hukuka Aykırı Kararı.....	179
2.3.7. <i>Litem Suam Facere</i> ’nin Anlamını Açıklayan Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi.....	183
2.3.8. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğunun Niteliği.....	186
 3. SİSTEM DIŞI YARGILAMADA HÂKİMİN SORUMLULUĞU.....	193
3.1. Cumhuriyet Dönemi Sonrasında Yapılan Düzenlemeler	193
3.2. Hâkimin <i>Infamis</i> (Şerefsiz) Sayılmasına Neden Olan Davranışları	197
3.3. Hâkimin Tarafsızlığını Sağlamak İçin Getirilen Düzenlemeler.....	202
3.3.1. Hâkimin Reddi.....	202
3.3.2. Kanun Yoluna Başvurunun Kabul Edilmesi (<i>Appellatio</i>)	203
3.4. Sistem Dışı Yargılamada <i>Litem Suam Facere</i> ’nin Uygulanması	205
 SONUÇ	210
 KAYNAKÇA.....	214

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Aşa.	: Aşağıda
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜDTCFD	: Ankara Üniversitesi Dil, Tarih ve Coğrafya Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
bkz.	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi
C.T.	: Codex Theodisianus
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
Dig.	: Digesta
Ed.	: Edited by
Gai. Inst.	: Gaius'un Institutiones'i
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
HUMKT	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
Iust. Cod.	: Iustinianus'un Codex'i
Iust. Inst.	: Iustinianus'un Institutiones'i
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde

M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
no	: Numara
pr.	: Principium
Paul. Sent.	: Sententia Receptiae Paulo
s.	: Sayfa
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume- Cilt
Yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Konunun Önemi

Roma hukukunda, hukuk için yapılmış olan kesin ve mutlak bir tanım bulunmasa da, çeşitli metinlerde hukukun amacının ve nasıl olması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. Modern hukuk sistemlerinin temeli olarak kabul edilen Roma hukukunda, hukukun amacının, eşit şekilde korunmaya değer menfaatlerin eşit şekilde korunması, eşit durumlarda olanlara eşit uygulamanın yapılması olduğu kabul edilir ve “iyi ve âdil olma (*bonus et aequitas*)” unsurlarının, hukukun merkezinde yer alan ve hukukun özünü oluşturan temel unsurlar oldukları ifade edilirdi¹.

Romalılar, hukukun âdil olmasına özel bir anlam ve önem yüklemişlerdi. Örneğin, “Daima iyi ve hakkaniyete uygun olana hukuk denir². (*Quod semper bonum ac aequum est ius dicitur*)” ile “Hukuk, iyinin ve hakkaniyete uygun olanın sanatıdır³. (*Ius est ars boni et aequi*)” cümlelerinde adâlet ve hakkaniyete, hukukun özünde yer alan unsurlar olarak vurgu yaptıkları görülmektedir.

Romalılardan günümüze kadar, farklı farklı da olsa, tüm hukuk sistemlerinin, adâlet ve hakkaniyet temeli üzerine inşa edildiği söylenebilir. Adâletin ve hakkaniyetin sağlanması ve teminat altına alınması, hukuk kurallarının gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi ile mümkün olur. Hukuk sistemi içerisinde herhangi bir denetim mekanizması bulunmadığı takdirde hukuk sisteminin devamlılığının olamayacağını da kabul etmek gerekir. Adâlet temeline dayanan bir hukuk sisteminde, kanun koyucular tarafından getirilen kurallar gereği gibi uygulanmaz ve hukuk kurallarına aykırı davranışlar denetlenmezse, hukukun âdilliği sorgulanmaya başlanır.

Bu nedenle, hukuk kurallarına uyulup uyulmadığının denetimi, en eski toplumlardan günümüze kadar hükmeden kişi, makam veya organların öncelikli olarak

¹ Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku** Çev. Ziya Umur (İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1959), s. 1 ve 27.

² Dig. 1.1.11

³ Dig. 1.1.1

yer edinen önemli meselelerinden biri olmuştur. Bu denetimin yargılama hukuku kuralları ve yargı organları aracılığı ile yapılabileceği geçmişten günümüze kadar her toplumda kabul edilmiştir.

Tarihsel süreç içerisinde bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde ve hukuka aykırılıkların denetiminde kişi, organ veya makamlar görevli olmuşlardır. Toplumdan topluma ve zamana göre değişen farklı isim nitelendirmeleri bir tarafa bırakılırsa, yargılama yapan kişiler, modern toplumların kullandığı genel ifade biçimi olan “hâkim” olarak belirtilmektedir

Hâkimler, özellikle maddi hukuk kurallarını ve kendilerine verilen görev ve yetkileri ile ilgili kuralları sürekli takip etmek durumundadırlar. Hukuk sistemi içerisinde önemli bir konumda bulunduklarının farkında olarak görev yapan hâkimlerin aynı zamanda yaptıkları işin kendilerine yükledikleri sorumluluğun da farkında olmaları gerekmektedir.

Hâkimin, hukuka aykırı davranışları ve bunların süreklilik göstermesi, özünde adâlet kavramının yer aldığı hukuk sisteminin devamlılığının önündeki en büyük tehdittir⁴. Bu tarz davranışların önlenmesi veya ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların giderilmesi için hâkimin sorumluluğu, en eski toplumlardan günümüze kadar hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Sümer ve Babil gibi toplumların hukuklarında da yer almış olmasına rağmen, hâkimin sorumluluğu daha belirgin bir biçimde ilk kez Romalılarda tespit edilebilmiş ve kaynaklardan hareketle Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun daha sonraki toplumların hukuk sistemlerinde düzenlenen hâkimlerin sorumluluğuna olan etkileri ortaya konulmuştur.

Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun başlıca nedenleri, kasıtlı olarak ya da ihmalkârlık sonucu taraflardan birinin lehine ya da diğerinin aleyhine olacak şekilde veyahut rüşvet karşılığında yanlış bir hüküm vermesiydi. Günümüz toplumlarında da hâkimler, Roma hukukunda kabul edilen benzer nedenlerle sorumluluğa sahip kılınmaktadırlar.

⁴ M. H. Hoeflich, “Regulation of Judicial Misconduct from Late Antiquity to the Early Middle Ages,” **Law and History Review**, Vol. 2., No. 1: 79-104, (1984), s. 80.

Roma usûl hukukunda, yargılama sistemleri dönemlere göre ciddi değişiklikler geçirdiğinden, usûle ilişkin birçok ilke ve kural bakımından genelleme yapılması mümkün olmasa da, bu dönemler içerisinde hâkim kavramının, hâkimin yargılamadaki fonksiyonlarının ve bu fonksiyonların belirleyicilerinin ve son olarak hâkimin sorumluluğunun ne şekilde değişim gösterdiğinin incelenmesi, günümüzde hâkim kavramına verilen anlamın ve yine hâkimin görev ve sorumluluklarının kökenlerinin belirlenmesini sağlayacaktır.

Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunu açıklayabilmek için öncelikle, hâkim kavramının, yargılamadaki görev ve yetkileri ile usûl hukuku içerisinde hâkime ilişkin olarak getirilen çeşitli düzenlemelerin incelenmesi gerekir. Belirtilen bu konular incelenmeksizin, doğrudan hâkimin sorumluluğunu açıklamak doğru bir inceleme yöntemi olmayacaktır. Bu nedenle bu çalışmada ilk olarak hâkim kavramı, seçilmesi, niteliği, görev ve yetkileri gibi temel konular, daha sonra hâkimin hukuka aykırı kabul edilen davranışları, bu davranışlarının taraflara olumsuz etkileri ve ortaya çıkan zararın veya mağduriyetin giderilmesi için hâkimin nasıl bir sorumluluğu olduğu konuları üzerinde durulacaktır.

Roma hukukunda hâkim ve sorumluluğuna ilişkin getirilen kural ve düzenlemelerin hukukumuzdaki etkilerinin belirlenmesi bu çalışmanın özel amaçlarından biri olmasına rağmen, çalışmanın ana başlığına uygun olarak konunun bütünlüğünü bozmamak için, ayrı konu başlıkları altında değil fakat önemli görülen bazı konularda ve dipnotlarla Roma hukuku ve Türk hukuku karşılaştırması yapılmıştır.

Konunun Sınırları

Roma hukuku, M.Ö. 753 yılından Doğu Roma imparatoru Iustinianus'un M.S. 565 yılında ölümüne kadar, Roma'da ve Roma egemenliğinde bulunan eyaletlerde uygulanmış olan hukuktur. Iustinianus'un ölümünden Doğu Roma İmparatorluğu'nun dağılma tarihi olan M.S. 1453 yılına kadar Roma hukukunun niteliği değişmiş ve bu değişim süreci içerisinde Doğu Roma İmparatorluğu'nda geçerli olan hukuk, Iustinianus döneminden sonra başlamak üzere "Bizans Hukuku" olarak adlandırılmıştır. Bu nedenle günümüz hukuk sistemlerinde anlatılan Roma özel hukuku, M.S. 565 yılı sonrasını kapsamamaktadır.

Geçerli olduğu M.Ö. 753 - M.S. 565 yılları arasında, değişen ihtiyaçlar karşısında Roma hukukunda farklı yargılama usûlleri uygulanmıştır. Bu usûllerden biri olan *ordo iudiciorum privatorum* yani özel yargılama sistemi, Roma hukukunda geçerli olmuş ilk yargılama usûlüdür. Bu yargılama usûlünün, yasal davalar (*legis actiones*) ve *formula* yargılaması olarak adlandırılan iki farklı çeşidi vardı. Bir diğer yargılama usûlü ise Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinde yürürlükte olan *cognitio extra ordinem* denilen sistem dışı yargılamadır. Zaman içinde birbirlerinin yerini alan bu yargılama sistemlerinden, özel yargılama sistemi, Roma hukukunun en eski dönemlerinden M.S. 342 yılına kadar geçerli olmuş, M.S. 342 yılından sonra ise sistem dışı yargılama bu sistemin yerini almıştır.

Farklı yargılama sistemlerinin geçerli oldukları süreler dikkate alındığında, özel yargılama sisteminin, sistem dışı yargılama ile kıyaslandığında çok daha uzun bir dönem içinde uygulandığı görülür. Bu nedenle Roma hukukunda hâkim ve sorumluluğu konusu, yargılama sistemleri bakımından ayrı ayrı ancak daha çok özel yargılama sistemi içerisinde incelenebilecek bir konudur. Sistem dışı yargılamada hâkim ve sorumluluğu ayrı bir çalışmaya konu olabilecek genişlikte bir kapsama sahiptir. Bununla birlikte yargı sistemlerini ayırarak konunun incelenmesinin gerekli faydayı sağlayacağı inancını taşımadığımız için, bu çalışmada sistem dışı yargılamada hâkim ve sorumluluğunu da anahatları ile açıklayarak, hâkim ve sorumluluğunun geçirdiği gelişim ve değişim evrelerini Roma hukuk sisteminin bütününde incelemeye çalışacağız.

Konunun İncelenmesi

İlk aşamada, konunun incelemeye ne kadar uygun olduğu belirlenirken, çeşitli kaynak araştırmaları yapılmıştır. Türkçe kaynaklardan yalnızca bazı temel konu ve kavramları ortaya koymak için yararlanılabileceği sonucuna varılınca özellikle Roma hukukunun *Digesta* ve *Institutiones* gibi günümüze kadar ulaşan temel kaynakları ile Roma hukukuna ilişkin yabancı dilde yazılmış genel eserler, monografiler ve makalelerden hareketle, bu konunun incelenebilir olduğu düşünülmüştür.

“Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu” başlığı altında incelenecek olan konu, Roma usûl hukuku ve Roma sorumluluk hukuku alanları ile doğrudan

bağlantılıdır. Çalışmamız, hâkim ve sorumluluk gibi iki temel kavram üzerinden oluşturulmuş ve çalışmanın başlığına uygun olarak, konuların incelenmesinde mantıksal sıralama gözetilmiştir.

Yazım aşamasında bütünleştirme, sınırlandırma ve açıklama olmak üzere üç farklı yöntemden hareketle genelden özele doğru bir anlatım tercih edilmiştir. Nitekim çalışmanın başlığından da anlaşılacağı üzere, Roma hukukunda hâkim genel bir konu iken, Roma hukukunda hâkimin sorumluluğu özel ve kapsamı daha sınırlı bir konudur. Konunun bütün içerisindeki yerini belirlemek adına ilk olarak Roma usûl hukukunun genel özellikleri incelenmiştir. Daha sonra çalışmanın başlığına uygun olarak, konunun Roma usûl hukuku sistemi içerisindeki yeri belirlenmiş ve inceleme konumuz belirli bir sistem bütünlüğünü bozmayacak şekilde parçalara ayrılmış ve daraltılmıştır. Her bir konu başlığı genel çizgileriyle ve diğer konularla bağlantı kurularak anlatılmıştır.

Giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşan bu çalışmamızda, özel yargılama sisteminde hâkim ve sorumluluğu ana inceleme konumuzdur. Birinci bölümde Roma usûl hukukunda hâkim, ikinci bölümde ise Roma hukukunda hâkimin sorumluluğu incelenmiştir. Roma hukukunun son dönemlerinde ortaya çıkan sistem dışı yargılamada hâkim ve sorumluluğu ise ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak genişlikte olduğundan ayrıntılı bir biçimde değil fakat her bölüm içerisinde özel yargılama sisteminden sonra incelenmiştir. Zira, “Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu” konu başlığına uygun olması ve ayrıca Roma yargı sisteminde hâkim ve sorumluluğunun bir bütün olarak yansıtılmasının gerektiği düşüncesine sahip olduğumuz için, anahatları ile, sistem dışı yargılamadaki durumunun bu çalışmada yer almasının bir zorunluluk olduğu kanaatini taşımaktayız.

Çalışmamızda Roma hukukunda hâkim, Roma ceza ve medenî yargısı bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, Roma ceza ve ceza usûl hukukunun, Roma hukuk sistemi içerisindeki yerinin tam olarak belirlenmesi ve açıklanması kolay değildir. Zira bu alanda günümüze kadar ulaşan kaynakların sayısı fazla olmadığı gibi gerek Klasik dönem Roma hukukçuları gerekse de günümüz hukukçuları, Roma özel hukukuna ayrı bir önem vererek, Roma ceza hukuku alanında yeterli çalışmalarda bulunmamışlardır. Ayrıca çalışmamızın özel hukuk doktora tez

çalışması olduğu da dikkate alındığında, Roma ceza usûl hukukunda hâkim ve sorumluluğu konusunun neden detaylı bir biçimde açıklanmadığı anlaşılacaktır.

İnceleme yöntemimize uygun olarak birinci bölümde hâkim kavramı, niteliği, yargılamadaki görev ve fonksiyonları, hâkim olabilmek için aranan özellikler, seçilmesi, atanması ve usûl hukuku içerisinde hâkime ilişkin olarak getirilen çeşitli düzenlemeler incelenmiştir. Özel yargılama sistemi içerisinde anlatılan bu konular, yargılama sistemleri arasındaki farklılıkları ortaya koymak için anahatları ile sistem dışı yargılama bakımından anlatılmıştır. Bu bölümde ayrıca, *formula* ve hâkim başlığı altında, hâkimin sorumluluğu bakımından özel bir önem taşıdığından *formula* metninin hâkim için taşıdığı anlam ve bağlayıcılığı açıklanmıştır. Zira, Roma hukuku kaynaklarında *formula* metninde belirtilen talimatlara aykırı bir yargılama yapan hâkimin sorumluluğu açık bir biçimde kabul edildiği için, ikinci bölümde hâkimin sorumluluğunun incelenmesinden önce bu konunun ayrıca incelenmesi bir zorunluluk olarak görülmüştür.

İkinci bölümde incelediğimiz hâkimin sorumluluğu, Roma hukukuna ilişkin birçok genel eser içerisinde, haksız fiil benzerlerinden biri olarak, kısaca açıklanmaktadır. Roma hukukunda hâkimin sorumluluğu önemli fakat incelemesi kolay olmayan bir konudur. Zira bu konuda günümüze kadar ulaşmış metinlerin sayısı oldukça az ve aynı zamanda bu metinler farklı yorumlamalara açıktır. Dolayısıyla, Roma hukukunda hâkimin sorumluluğuna ilişkin kesin belirlemeler yapmak mümkün görünmemektedir. Teorik inceleme bakımından karşılaşılan bu zorlukların bir başka nedeni ise hâkimin sorumluluğunun Roma hukuku uygulamasında yeterince yer almamış olmasıdır.

İkinci bölümde sistematik bütünlüğü bozmamak için Roma hukukunda hâkimin sorumluluğu özel yargılama sistemi ve sistem dışı yargılama bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Roma yargısının hâkim ile birlikte önemli bir diğer sujesi olan *magistra*'nın genel olarak devlet yönetimindeki ve özellikle yargılamadaki fonksiyonları ve sonrasında sorumluluğu bu bölümün hemen başında anlatılmıştır.

Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun, hukuksal ve cezai sorumluluk şeklinde incelenebileceği düşünülse de, özellikle Roma'nın ilk dönemleri bakımından

böyle bir ayırım yapmak oldukça güçtür. Daha sonraki dönemlerde cezai yaptırımlar kanunlarla açık bir biçimde belirtilmiş olsa da, hâkimin hukuksal ve cezai sorumluluğu ayırımından söz edilebileceği belirsizdir⁵. Diğer taraftan *ius civile*, kanunlar ve *edictum*'lar gibi sorumluluğun hukuksal kaynakları ve Roma hukukunun Krallık, Cumhuriyet ve İmparatorluk gibi dönemleri de dikkate alındığında hâkimin hukuksal ve cezai olarak sorumluluğunun incelenmesinin kolay olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Roma hukuku bakımından, hâkimin “hukuksal ve cezai sorumluluğu” şeklinde bir ayırım yapmak, sorumluluğunun incelenmesini kolaylaştırmak yerine zorlaştıracaktır. Metinlere bakıldığında, Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun başlıca iki boyutunun bulunduğu anlaşılmaktadır. İlk olarak hâkimin almış olduğu rüşvet dolayısıyla cezai anlamda sorumluluğunun Roma hukukunda sıklıkla yer edinen bir konu olduğu görülmektedir⁶. Diğeri ise hâkimin görev kuralları ile ilgili hukuka aykırı davranışları dolayısıyla hukuksal anlamda sorumluluğudur. Sorumluluğun bu iki boyutu, hukuksal kaynaklar ve çeşitli dönemler dikkate alınarak incelenmiştir.

Hâkimin rüşvet dolayısıyla cezai sorumluluğuna ilişkin özel kanunlar belirlendikten sonra, hâkimin hukuksal sorumluluğu açıklanmıştır. Hâkimin hukuksal sorumluluğunun kaynağı olan *si iudex litem suam fecit* isimli *edictum*'dan hareketle, hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinin anlamını açıklayan görüşler, hâkimin hukuksal sorumluluğuna yol açan davranışları, sorumluluğunun niteliği ve diğer konularla birlikte hâkimin hukuksal sorumluluğu incelenmiştir.

İkinci bölümün son kısmında, hâkimin sorumluluğunun Roma hukukunda geçirdiği değişikliklerin yansıtılması için, Roma hukukunun son dönemlerinde hâkimin sorumluluğuna ilişkin getirilen yeni düzenlemelerin ve özellikle *appellatio* denilen kanun yoluna başvurunun kabulünün hâkimin sorumluluğu bakımından taşıdığı anlam

⁵ “Roma hukukunda hâkimin sorumluluğu belirlenirken, hukuk davası hâkimi ya da ceza davası hâkimi olup olmadığı dikkate alınmazdı.” Geoffrey MacCormack, “The Liability of the Judge in the Republic and Principate,” *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Vol. 2., No. 14: 3-29, (1982), s. 3.

⁶ Roma hukukunda hâkimin rüşvet alması, sadece belirli bir kararın karşılığı olarak alınan para anlamında değil, aynı zamanda hâkimin yargılama süreci içerisinde sahip olduğu üstün konumunu kullanarak, tanık beyanını dikkate almama veya tanık dinlememe gibi bazı usûl kurallarını ihlal etmesinin karşılığı olarak kabul edilen her türlü edinimini de içeren geniş bir anlama sahiptir.

açıklanarak çalışmamız tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HÂKİM (*IUDEX*)

1. ROMA USÛL HUKUKUNUN GELİŞİMİ

1.1. Genel Olarak

Roma hukukunun gelişiminde ve günümüze kadar ulaşmasında, hukuk kurallarının teorik temeller üzerine değil, davalar sistemi olarak da nitelendirilebilecek bir sisteme dayalı olarak oluşturulması etkili olmuştur. Romalıların hak kavramının özü ve niteliği hakkında farklı görüşlere sahip olması bu sistemin oluşmasının başlıca nedenidir. Zira Roma hukukunda hak kavramının ayrı bir yeri ve önemi vardı.

Roma hukukunda hak ve hukuk kavramları aynı kelime ile, *ius* olarak belirtilirdi⁷. Bu durum, hak kavramının hukukun merkezinde yer almasından ve hukukun varlık nedenlerinden biri olarak onun ayrılmaz bir parçası olmasından kaynaklanmaktaydı. Ancak Romalılar, hak kavramına verdikleri anlam ve önemi, bu kavramın özü ve niteliği ile ilgili olarak çeşitli teoriler üretmek yerine⁸, hakların korunmasının başlıca yolu olan dava (*actio*) ile hak (*ius*) kavramını ilişkilendirerek göstermişlerdir.

⁷ Roma hukuku kaynaklarında hukukun tam anlamıyla bir tanımı görülemese de, hukuk çeşitli tanımlarda bazı temel kavramlarla bütünleştirilmeye çalışılmıştır. Roma hukukunda her ne kadar hukukun ne olduğu konusuna tam anlamıyla bir açıklık getirilmemişse de, Romalılar, kendi çağdaşları olan uygarlıkların hukuklarından farklı olarak, hukuku insan faaliyetleri sonucu oluşturulan kurallar bütünü olarak kabul edip dinselileştirmediler ve böylece etkisini günümüz çağdaş özel hukuk sistemlerine kadar sürdürecektir olan bir hukuk sistemi oluşturmuşlardır. Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), s. 90-91; Ziya Umur, **Roma Hukuku-Ders Notları** (Üçüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınları, 1999), s. 140-141; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 1 ve 27.

⁸ Özel hukukun merkezinde bulunan hak kavramının özü ve niteliği konusunda özellikle 19. yüzyıl sonlarından itibaren Windscheid, Jhering ve Jellinek gibi düşünürlerce çeşitli teoriler oluşturulmuştur. Romalılar ise, ayrı bir kavram olarak hakkı bilmedikleri ve hak kavramını başka kavramlarla (hukuk ve dava gibi) bütünleşmiş olarak gördüklerinden hak kavramının özü ve niteliği ile ilgili teoriler oluşturma gereği duymamışlardır. Ziya Umur, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi** (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982), s. 342-343.

Romalılar, *ius* dedikleri hak kavramı ile *actio* dedikleri dava arasındaki bu ilişkide, *actio*'yu bir hakmış gibi düşünerek bu kavramla bütünleştirmiş ve hemen hemen her hak için ayrı bir dava yolu öngörmüşlerdir. Roma hukukunda, bir hakkın dava edilebilmesinin, o hakkın sahibine dava hakkı tanınmasına bağlı olması da *ius* ve *actio* arasındaki sıkı ilişkiyi ortaya koymaktadır⁹. Roma özel hukukunun aynı zamanda bir davalar sistemi olarak da nitelendirilerek, maddi hukuk-usûl hukuku ayrımının yapılmasını güçleştiren özelliği, *ius* ve *actio* arasında kabul edilen bu sıkı ilişkidir.

Roma usûl hukukunun temelini oluşturan *actio*'ların yani davaların, hakların belirlenmesi ve korunması bakımından önemi çok fazla idi¹⁰. Roma hukukunda dava (*actio*), kesin bir tanım verilmesinden kaçınılan bir kavramdı. Zira kesin bir tanım verilmesi oldukça güçtü ve tek bir tanımla ne olduğunu anlamak kolay değildi. *Actio*'nun yapılan tanımlarda birden çok farklı içeriğe sahip olduğu görülür ve bu farklı içeriklere sahip tanımlar bir araya getirilerek tek ve kesin bir tanım verilemezdi¹¹. Genel olarak dava (*actio*), kendisine yapılan haksızlık karşısında bir kimsenin hukuksal bir çareye başvurmak için yetkilendirilmesidir. Örneğin, bir kimse dolandırıcılık mağduru ise kendisine tanınan *actio de dolo* (hile davası) ile hukukî bir çareye başvurmak konusunda yetkilendirilmiş olurdu¹². Roma hukukunda *actio*, hakkının ihlal edildiğine inanan kişinin, yargılama makamlarına başvurarak, ihlal edenin çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalmasını istemesi olarak anlaşılmaktadır¹³.

⁹ Mişon Ventura, **Roma Hukuku-Cilt I (Giriş, Roma Hukuku Dış Tarihi ve Usûl)** (İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası, 1934), s. 140.

¹⁰ Fritz Schulz, **Classical Roman Law** (Oxford: Clarendon Press, 1951), s. 24-25; David Daube, **Forms of Roman Legislation** (Oxford: Clarendon Press, 1956), s. 25.

¹¹ Latince de *actio*, “*agere*” fiilinden yani “bir faaliyette bulunacak şekilde hareket etmekten” gelir. Ernest Metzger, “Actions,” **A Companion to Justinian’s Institutes** (New York: Cornell University Press, 1998), s. 208; Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri - Cilt I**. Çev. Türkan Rado (Altıncı Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1963), s. 221; Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı** (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1983), s. 22.

¹² Metzger, **a.g.m.**, s. 208.

¹³ Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. Transactions of the American Philosophical Society, New Series. Vol. 43, No. 2: 333-809, (1953), s. 525.

Dig. 44.7.51

Celsus 3 Dig.

“*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi.*”

Dig. 44.7.51

Celsus 3 Dig.

“*Actio*, borçlu olunan şeyi hâkim önünde talep etmek hakkından başka bir şey değildir.”

Yukarıda verilen tanımla, *actio* bir hak olarak nitelendirilmiştir¹⁴. Ancak bu tanımda, sadece borçlu olunan şeyin dava ile talep edilebileceğinin belirtilmiş olması, dava yolu ile korunabilecek hakları sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte bu tanım, basit ancak *actio*’nun aynı zamanda bir talep hakkı olduğunun vurgulanması açısından önemlidir. Zira *actio* bir usûl hukuku kavramıdır ve bunun ön plana çıkarılması gerekir¹⁵. Bu nedenle *actio*’nun, daha çok usûle ilişkin bir kavram olduğu göz önünde tutularak talep hakkı olarak nitelendirilmesinin yanlış olduğu söylenemez¹⁶.

Roma hukukunda, her *ius* yani hak için ayrı bir dava öngörüldüğü ve *ius*, ileri sürülme şekli olan dava yolu ile kendini gösterdiği için, hak (*ius*) ile dava (*actio*) çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılırdı¹⁷. Bu nedenle Romalılar hak kavramını *actio*’larla incelemişler ve bir kimsenin *actio*’ya sahip olmasının, bu kimsenin aynı zamanda hak sahibi sıfatına sahip olması anlamına geleceğini belirtmişlerdir¹⁸.

¹⁴ Iust. Inst. 4.6pr.

¹⁵ Metzger, **a.g.m.**, s. 209; Erdoğan, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁶ Diler Tamer Güven, “Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi.” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987), s. 14; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 512.

¹⁷ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi** (Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış Onbirinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s. 122; Schwarz, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁸ Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 343; Erdoğan, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 97.

Roma hukukunda, hak ve dava kavramları karşılaştırıldığında hakların hükümlerinden çok davaların hükümlerine önem verilirdi. Ayrıca, hakların nitelendirilme yönünden davalara, davalarında sınıflandırılma yönünden haklara dayandığı görülürdü¹⁹.

Dava yolu öngörülmemiş bir haktan söz edilemeyeceği için, her hakkın teminat altına alınmasını sağlayan özel bir dava çeşidi vardı. Bu anlamda haklara varlık kazandıran temel unsur, özel bir dava ile koruma altına alınmış olmalarıydı. Bu durum, Roma hukukunda hakların davalardan ayrı bir biçimde dikkate alınamamasına neden olmuştur. Maddî hukuk ile usûl hukukunun kesin çizgilerle ayrılamamasının ve ayrıca hukukun, davalar sistemi üzerine inşa edilmesinin sebebi olarak da, Romalıların hak (*ius*) ve dava (*actio*) arasındaki ilişkiyi bu şekilde algılamış olmaları belirtilebilir.

Dava (*actio*), hakkın birey tarafından korunmasının ortaya çıkardığı sakıncaların²⁰ giderilmesi bakımından önemli bir rol oynamaktadır. Dava, devlet

¹⁹ Barry Nicholas, **An Introduction to Roman Law** (Oxford: Clarendon Press, 1962), s.105.

²⁰ “Eski toplumlar ‘ihkakı hak’ yani kişinin kendi hakkını yine kendi gücü ile koruması yolu hakların korunması için başvuru ilk yoldu, Roma’nın en eski devirlerinde de kişiler haklarını bu şekilde korurlardı. Ancak böyle bir koruma yolunda, kullanılan gücün sınırlandırılması söz konusu değildi. Genellikle, zarar ve bu zararın karşısında kullanılan güç arasında aşırı bir orantısızlık ve küçük grupların intikam amaçlı çatışmalar içine girdiği görülürdü. Aynı orantısızlığa Oniki Levha Kanunları’nda da rastlamak mümkündü. Borcunu ifa etmeyen alacaklının borçlusu tarafından zincire vurulmasında, öldürülmesinde veya alacaklıların birden fazla olması durumunda borçlunun cesedinin birden fazla parçalara ayrılmasında bu orantısızlığı görmek mümkündür. Bu nedenle hakkın bireyler tarafından bu şekilde korunamayacağı zamanla kabul edilmiştir. Daha sonraki süreçte tahkim usûllerinden sırası ile ihtiyari tahkim ve zorunlu tahkim usûlü ortaya çıkmıştır. Tahkim usûllerinde, hakemler devlet otoritesini temsil eden şahıslar değildi. Hakların devlet aracılığıyla korunması yolu ise en son aşamada kabul edilen ve başvuru yolu olarak ortaya çıkmıştır.” W.W. Buckland, **A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), s.606-607; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997), s. 29-31; Michel Villey, **Roma Hukuku Güncelliği** Çev. Bülent Tahiroğlu (İstanbul: Der Yayınları, 1985), s. 26; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 268-272; Ventura, **a.g.e.**, s. 142-145.

tarafından hakkın korunmasını sağlayan başlıca hukuksal yoldu ve bu nedenle, Roma usûl hukukunun da ana kavramını oluştururdu²¹.

Hakların korunmasına yönelik olan yargılama faaliyetlerine ilişkin kuralları içeren usûl hukuku²², Roma hukukunda her bir hakkı özel olarak koruyan ayrı bir dava türünün bulunması ile dar anlamda *ius actionem* (dava hukuku) olarak adlandırılırdı²³. Roma hukukunda, hak (*ius*) ve dava (*actio*) arasındaki sıkı ilişkide *actio*'nun aynı zamanda bir *ius* olarak algılanmasının bir sonucu olarak maddî hukuk ve usûl hukuku kuralları kesin çizgilerle ayrılmaksızın birlikte ele alınmış ve bu durum maddî hukuk-usûl hukuku ayrımının yapılmasını güçleştirmiştir²⁴.

Roma usûl hukukunda, davanın açılmasından önce hukuk işleri ile görevli olan ve *praetor* olarak adlandırılan *magistra*'lara²⁵ başvurulurdu ve bu kişilerin yargılama öncesi önemli yetkileri bulunurdu. *Magistra*'lar, *ius civile*'nin²⁶ tanıdığı hakların dava

²¹ Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, **Roma Usûl Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), s. 6; Ziya Umur, **Roma Hukuku-Umumi Mevhumlar, Hakların Himayesi** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970), s. 186; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 107; Schwarz, **a.g.e.**, s. 283.

²² Usûl kavramının Latince karşılığı, *procedere*'den (yani bir usûl dâhilinde faaliyette bulunmak) gelen *processus* kelimesidir. Umur, **Hakların Himayesi**, **a.g.e.**, s. 186; Tahiroğlu/Erdoğan, **Usûl**, **a.g.e.**, s. 6; Di Marzo, **a.g.e.**, s.101; Ventura, **a.g.e.**, s. 138; Metzger, **a.g.m.**, s. 208.

²³ Richard Honig, **Roma Hukuku** Çev. Şemsettin Talip (İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1938), s. 59; Schwarz, **a.g.e.**, s. 283-284.

²⁴ Usûl hukuku, maddî hukuk kurallarının geçerli bir biçimde uygulanmasını sağlayan kuralları olan hukuktur ve maddî hukukun gelişimi için oldukça önem taşırdı. Alan Watson, **Ancient Law and Modern Understanding** (Athens: The University of Georgia Press, 1998), s. 91. Tahiroğlu/Erdoğan, **Usûl**, **a.g.e.**, s. 6, dn.7-8.

²⁵ “Roma tarihinde Cumhuriyet döneminin etkili ve önemli kurumlarından biri olarak yer almış olan *magistra*'lar, idari, siyasi ve askeri görevlerinin yanı sıra, yargısal alanda hâkim olarak karar verme, dava hakkı tanıma, kanun koyma gibi görevleri de yerine getirirlerdi. Cumhuriyet döneminin en sağlam siyasi kurumlarından biri olan *magistra*'lık, Son İmparatorluk dönemine kadar var olmuş fakat Son İmparatorluk dönemine gelindiğinde, hemen hemen tüm yetkileri elinden alınmış ve onursal bir kurum olarak ismen yer almıştır. *Praetor*'lar hukukî ve yargısal işlerin yöneticisi konumunda olan, vatandaşların davalarına bakan ve hâkimleri atayan *magistra*'lardır. ” Sabahat Atan, **Roma Tarihinin Anahatları** (İstanbul: Edebiyat Fakültesi Basımevi, 1970), s. 43; Berger, **a.g.e.**, s. 571.

²⁶ *Ius Civile*, Roma vatandaşlarına ait olan örf ve âdet kuralları sonucu ortaya çıkmış eski özel hukuku ifade etmek için kullanılır. Umur, **Lügat**, **a.g.e.**, s. 100.

yolu ile korunmasına izin verebilirlerdi²⁷. Aynı zamanda *ius civile*'nin dava hakkı tanımadığı bazı fiilî durumlara ve hukukî ilişkilere de, yani bir hakkın söz konusu olmadığı durumlarda da, ilgiliye dava hakkı tanıyabilirdi (*actionem dare*)²⁸. Ayrıca *magistra*'lar, *ius civile*'nin dava hakkı tanıdığı bazı durumlarda ilgiliye dava hakkı tanımayabilir (*actionem denegare*) veya tanımakla birlikte davalı aleyhine olabilecek bir mahkûmiyet kararını def'î (*exceptio*) yolu ile önleyebilirlerdi²⁹. *Magistra*'lar bu faaliyetleri ile korunmaya değer bulunan yeni hukukî ilişkilerin ve yeni usûl hukuku kavramlarının oluşmasına katkı sağlamışlardır. Zira hem hukukçular hem de imparatorlar, değişen koşullara hukukun uyumlaştırılması konusunda *magistra*'ların kullanmış oldukları hukukî tedbirlerden yararlanmışlardır³⁰.

Roma hukukunda zamanla değişen ihtiyaçlar karşısında farklı yargılama sistemlerinin uygulanmış olması, usûl hukukunun farklı dönemlerde farklı yargılama sistemlerinin özelliklerine göre incelenmesini zorunlu kılar. Bu usûllerden biri olan özel yargılama sistemi, Roma hukukunda geçerli ilk yargılama usûlüdür. Bu yargılama usûlünün, yasal davalar (*legis actiones*) ve *formula* yargılaması olarak adlandırılan iki farklı çeşidi vardı. Bir diğer yargılama usûlü ise Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinde yürürlükte olan sistem dışı yargılamadır. Zaman içinde birbirlerinin yerini alan bu yargılama sistemleri, Roma usûl hukukunda katı şekilcilik anlayışının yerini daha esnek kurallara bıraktığının bir göstergesi olmuştur³¹.

²⁷ Tamer Güven, **a.g.e.**, s. 6.

²⁸ *Magistra*'ların hak tanıma yetkilerinin olduğu sonucu çıkarılamasa da sahip oldukları yetkilerinin Roma hukukunda oldukça etkili ve önemli sonuçları vardı. Yargılama öncesinde sahip oldukları yetkileri ile bir anlamda dava yoluyla korunacak menfaati ve bu menfaate aykırı davranışın yaptırımını belirleyerek, hukuk düzeni tarafından teminat altına alınması noktasında haklara, dava kavramına bağlı bir görünüm kazandırmışlardır. Tamer Güven, **a.g.e.**, s. 6.

²⁹ A. Nadi Günel, **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf** (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007), s. 26; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 186; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 267-268; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 7; Tamer Güven, **a.g.e.**, s. 6-7.

³⁰ Di Marzo, **a.g.e.**, s.101-102.

³¹ Erkan Küçükgüngör, "Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat," **Ali Bozer'e Armağan**, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998), s. 477.

1.2. Özel Yargılama Sisteminin (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) Özellikleri

Roma hukukunun en eski dönemlerinden M.S. 342 yılına kadar geçerli olan bu yargılama usûlünde iki aşamalılık söz konusu olup tarafların iradesi egemendi. İlk aşamada devlet adına görev yapan *magistra*'lar, hazır bulunan iki taraf arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları, dava açılıp açılmamasına izin vermek konusunda değerlendirir ve daha sonra, uygun gördüğü takdirde, tarafları hâkime yönlendirirdi. Taraflar, uyuşmazlık konusunda ve davaya bakacak olan hâkimin belirlenmesi konusunda uzlaştıkları zaman *magistra*'nın görevi son bulurdu. Bundan sonraki aşamada, davanın *iudex* denilen yargılamayı yürütecek olan özel kişi hâkim huzurunda görülmesi süreci başlardı. Roma usûl hukukunun en eski dönemlerine damgasını vuran bu sistemin en belirgin özelliği, uyuşmazlıkların özel kişiler aracılığıyla çözülmesiydi³². Zaten sisteme ismini veren özelliği de yargılama yaparak uyuşmazlığın çözümü ile ilgili karar veren hâkimin, özel kişi veya kişiler olmasıydı. Devletin müdahalesi, uyuşmazlığın taraflarına dava hakkı tanımak ve bu davanın görülme şekli ile kapsamını belirlemekle sınırlıydı. Bu nedenle, özel yargılama sisteminde devletin sınırlı bir rolü vardı³³.

Anlaşıldığı üzere bu sistem, biri *magistra* önünde, diğeri ise özel kişi veya kişilerin önünde görülen iki aşamadan oluşurdu. Bu aşamalardan davanın hazırlandığı *magistra* önündeki ilk aşama *in iure*, özel kişi hâkim (*iudex*) önündeki ikinci aşaması ise *in iudicio* veya *apud iudicem* olarak adlandırılırdı³⁴.

Magistra önünde, tarafların dinlenmesi ile dava koşulları ve davayı görececek kişinin belirlenmesi işlemleri yapıldı³⁵. *Litis contestatio*³⁶ olarak adlandırılan davanın

³² Watson, Ancient, **a.g.e.**, s. 91.

³³ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 272.

³⁴ Buckland, **a.g.e.**, s. 614; Ventura, **a.g.e.**, s. 149-150; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 274; Honig, **a.g.e.**, s. 83-84; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 194-195; Schwarz, **a.g.e.**, s. 287-289; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 111; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 9-10.

³⁵ Metzger, **a.g.m.**, s. 212.

³⁶ *Magistra* önündeki aşamayı sona erdiren *litis contestatio*, *magistra*'nın kontrolü altında iki taraf arasında yapılan bir anlaşmaydı ve bu anlaşmadan sonra iki taraf arasındaki uyuşmazlık *iudex* denilen hâkim tarafından çözüme kavuşturulurdu. *Litis contestatio*'nun yapılabilmesi için her iki tarafın *in iure* aşamasında hazır bulunması zorunluydu. Böyle bir anlaşmadan sonra taraflar aynı uyuşmazlık

saptanması işleminden sonra dava, tarafların kararlaştırdıkları ve *magistra*'nın atadığı özel kişi hâkimlerin (*iudex*) önüne getirilirdi³⁷. Yargılamayı yapacak ve karar verecek olan bu hâkimler devlet memuru değillerdi. Bunlar yüksek tabakadan, özgür Roma vatandaşları olup, kendilerinden beklenen devlet organlarının etki ve baskısı altında kalmadan serbest iradeleri ile âdil bir karar vermeleri idi³⁸. *Magistra*'nın belirlediği şartlar çerçevesinde yargılama yapan bu kişilerin verdikleri kararlar (*sentantia*) kesin hüküm niteliğinde olduğundan taraflar verilen karara uymak zorundaydı³⁹. Bu karara karşı, kanun yoluna başvuru tanınmamıştır⁴⁰.

Özel yargılama sisteminin M.S. 342 yılına kadar kendi içinde iki farklı yargılama şekli geçerli olmuştur. Bunlardan ilki, M.Ö. 17 yılına kadar devam etmiş olan yasal davalar (*legis actiones*) yargılaması, diğeri ise M.Ö. 17'den M.S. 342 yılına kadar geçerli olan *formula* yargılamasıdır.

1.2.1. Yasal Davalar (*Legis Actiones*) Yargılaması

Yasal davalar (*legis actiones*) yargılaması, Roma usûl hukukunun en eski yargılama sistemi olarak, Krallık döneminin ortalarından M.Ö. 17 yılında çıkarılan “*Lex Julia de Iudiciis Privatis*” adlı kanuna kadar geçerli olmuştur⁴¹.

konusunda bir daha dava açamazlardı. Tarafların *litis contestatio* ile çekişmeli konular üzerinde anlaşmaları, davanın konusu üzerinde anlaştıkları anlamını taşırdı. *Litis contestatio*'da esas olan, yapılan işlerin ve hareketlerin, söylenen sözlerin bulunanların şahitliğinde tespit edilmesi idi. Böyle bir tespitten sonra hâkim önündeki aşamaya geçildiğinde, *magistra* önündeki aşamada yapılan bu tespitlere, yani yapılan işlemler ve hareketlere, söylenen sözlere, *litis contestatio*'da belirtildiği şekilde hâkimin bağlı kalma zorunluluğu vardı. Taraflar hâkime bildirecekleri olayları kesin bir biçimde anlatmış olduğundan, *litis contestatio*'nun yapılmasından sonra taraflar hâkimin vereceği karara bağlı kalmayı taahhüt etmiş olurlardı Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 640; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 256-257

³⁷ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 614; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 286-287; Honig, **a.g.e.**, s. 83-84; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 194-195.

³⁸ Metzger, **a.g.m.**, s. 213; Honig, **a.g.e.**, s. 84; Schwarz, **a.g.e.**, s. 288.

³⁹ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 274; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 195.

⁴⁰ A. William Hunter, **Introduction to Roman Law** (London: William Maxwell & Son, 1880), s. 972.

⁴¹ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 275

Gai. Inst. 4. 10 :

“Quaedam praeterea sunt actiones quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua ui ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est ut prius de legis actionibus loquamur.”

Bu yargılama sisteminin genel özelliklerini Gaius’a ait yukarıdaki metin ortaya koymaktadır. Burada, bazı davaların yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasında yer alan dava kalıpları içinde görülürken, bazı davaların bu yargılama usûlünden bağımsız ve bağlantısız oldukları ifade edilmiştir. Ayrıca yasal davalar (*legis actiones*) sisteminin gerekliliğine ilişkin olarak bazı açıklamaların, belirli dava kalıpları içinde görülmesi zorunlu olan bu davalar ile yapılabileceği belirtilmektedir. Kısacası, sistemin temel özelliği bazı dava kalıpları üzerine oluşturulmuş olmasıydı.

Bu yargılama sisteminde beş çeşit dava kalıbı vardı. Gai. Inst. 4.12’de bu dava kalıpları belirtilmektedir⁴². Bunlar *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per condicionem*, *legis actio per manus iniunctionem* ve *legis actio per pignoris capionem*’dir. Gaius’un saydığı beş yasal dava kalıbından ilk üçü uyuşmazlığın ve davacı ile davalı arasındaki haklı ve haksızın tespiti, diğer ikisi ise davacının bizzat hakkını elde etmesi amacına yöneliktir⁴³. Davalar çok katı bir şekilcilik anlayışı içinde, hiçbir şekilde değiştirilemeyecek olan bu dava kalıplarından biri ile görülürdü⁴⁴.

Genel olarak bu sistem, tarafların *magistra* önünde şekle tabi bir merasimi gerçekleştirmelerini gerektirirdi. Roma hukukunun en eski yargılama sistemi olan yasal davalar (*legis actiones*) usûlünün bu katı şekilcilik anlayışında etkili olan *ius civile* ve özellikle örf ve âdetlerdi⁴⁵. Başlangıçta örf ve âdet kuralları tarafından meydana

⁴² Gai. Inst. 4.12. : *“Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniunctionem, per pignoris capionem.”*

⁴³ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 283-284; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 210.

⁴⁴ Hunter, Introduction, **a.g.e.**, s. 976; Daube, **a.g.e.**, s. 28; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 111; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 195; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 12.

⁴⁵ “Örf ve âdet hukukunda, uygulayıcı olarak karşımıza Romalı rahip hukukçular çıkardı. Örf ve âdetin yarattığı merasimci şekillerin bekçisi konumunda olan rahip hukukçular, mevcut dava şekillerine tam

getirilmiş olan bu şekilcilik zamanla kanunlarla belirlenmiş ve bu nedenle *legis actiones* yani yasal dava kalıpları olarak adlandırılmışlardır⁴⁶.

Gai. Inst. 4.17 :

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

Gaius’a ait yukarıdaki metin, yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasında yer alan katı şekilcilik kurallarından birini, uyuşmazlık konusu malın mahkeme önüne getirilmesi kuralının uygulanış biçimini açıklamaktadır. Buna göre hâkim önüne götürülmesi zorunlu olan uyuşmazlık konusu malın taşınması mümkün değilse, örneğin bir hayvan sürüsü ise, bunların bir kısmının mahkeme önüne getirilmesi ile uyuşmazlık konusu malın tamamı mahkeme önündeymiş gibi işlem yapılacağını belirtmektedir. Bir koyun ya da keçi sürüsü ise, tek bir koyun ya da keçinin ya da bu hayvanların bir tutam kadar yününün; bir gemi ya da kütük ise koparılıarak getirilen bir parçasının; arazi ise toprağının, ev ise kiremit ya da tuğlanın mahkeme önüne getirilmesi ile uyuşmazlık konusu malın tamamının mahkeme önüne getirildiği varsayılacaktır.

Yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasının katı şekilcilik anlayışını yansıtan bir başka örnek Gai. 4. 11’ de yer almaktadır.

olarak uyulmasını sağlamakla görevlilerdi.” J. Declareuil, **Rome The Law Giver** (New York: Alfred A. Knopf, 1926), s. 18; Villey, **a.g.e.**, s. 19.

⁴⁶ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 112.

Gai. Inst. 4.11 :

“...unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis oqueretur...”

Gaius, verdiği bu örnekte, bir kimsenin, bağ kütüklerinin kesilmiş olmasından dolayı açtığı davada, kesilmiş ağaçlar ifadesi yerine kesilmiş kütükler ifadesini kullanırsa, Oniki Levha Kanunları’nın⁴⁷ öngördüğü ifadenin kesilmiş kütükler değil, kesilmiş ağaçlar şeklinde olmasından dolayı davayı kaybedeceğini belirtmektedir⁴⁸.

1.2.2. Formula Yargılaması

Gai. Inst. 4.30 :

“Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet. itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas litigemus.”

Gaius, yukarıda yer alan metinde, en ufak hataya bile tahammülünün olmaması nedeniyle yasal davalar (*legis actiones*) usûlünün itibarının zamanla önemli derecede azaldığını ve bu sistemin yerini *Lex Aebutia* ve *Lex Iuliae* adlı kanunlarla *formula* usûlüne bıraktığını belirtmektedir⁴⁹.

⁴⁷ Oniki Levha Kanunları’nın yapılması, Roma tarihinin bilinen ilk kanunlaştırma hareketidir. Bu kanunlaştırma hareketi, Roma sınırları içerisindeki *patricius-pleb* sınıfları arasında görülen çekişmezliğin bir sonucu olarak ortaya çıkmış toplumsal sorunların bir ürünüdür. Oniki Levha Kanunları, *patricii-pleb* sınıf mücadelesi sonunda kanun koyucunun iradesi ile ortaya çıkmış yazılı hukuktur. Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri** (İstanbul: Der Yayınları, 2005), s. 40-41.

⁴⁸ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 112; Ventura, **a.g.e.**, s. 152; Schwarz, **a.g.e.**, s. 292-293; Tahiroğlu/Erdoğan, **Usûl**, **a.g.e.**, s. 12.

⁴⁹ Yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasından *praetor*’ların geliştirdiği *formula* yargılamasına geçiş birdenbire olmamıştır. Öncelikle M.Ö. 110 yılında çıkarılmış *Lex Aebutia* adlı kanun ile *formula*

Bu yeni sistemin başlıca özelliği, belirli sözlerin söylenmesi zorunluluğunun bulunmamasıdır. *Formula* usûlünde katı bir şekilcilik anlayışının yerini, yazılı belgelere dayanan daha esnek ve daha az şekilci bir anlayış almıştır⁵⁰. Ayrıca *formula* usûlü, zamanla artan ticari ilişkiler sonucunda ortaya çıkan yeni uyumsuzluklarda, yabancılara ve bazı dava ehliyeti olmayan kişilere de uygulanabilir bir niteliğe sahipti⁵¹. Yani *formula* usûlünde bir davanın, aktif veya pasif bir şekilde tarafı olabilecek şahısların sayısı daha fazla idi⁵². *Formula* usûlü, yasal davalar (*legis actiones*) usûlünde bulunmaması eksiklik olarak nitelendirebilen bu özelliklere sahip bir yargılama sistemi olarak, kısa bir geçiş döneminden sonra, M.Ö. 17 yılında “*Lex Julia de Iudiciis Privatis*” ile yasal davalar yargılamasının yerini almıştır⁵³. Klasik hukuk dönemin yargılama sistemi olan *formula* yargılaması, *formula*’nın hazırlanarak davanın

yargılmasının tarafların isteğine bağlı olarak uygulanabilirliği kabul edilmiş ve bu düzenleme sonrasında yaygın olarak tercih edilen yargılama usûlü olması sağlanmıştır. Umur, Lügat, **a.g.e.**, s.112.

⁵⁰ Bu anlayış, sabit şekilciliğin karşısında ferdi durumlara uyarlanabilen *formula*’ların, içeriği hiçbir şekilde değişmeyen ve mutlaka sözlü bir şekilde seçilmesi gereken, sayısı sınırlı dava kalıplarının yerini alması ile karşımıza çıkardı. Albert Kocourek, “The Formula Procedure of Roman Law,” **Virginia Law Review** Vol. 8, No. 6: 434-444, (1922), s. 438; Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 630; Watson, Ancient, **a.g.e.**, s. 96; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 112; Honig, **a.g.e.**, s. 94; Schwarz, **a.g.e.**, s. 293; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 239; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 16.

⁵¹ Örneğin, aile evlatlarının dava ehliyetleri bakımından *formula* usûlünde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, *formula* usûlünde, aile evlatlarının yaptıkları hukukî işlemelerden doğan borçlardan dava edilebilmeleri olanağı getirilmiştir. Ancak dava edilen aile evlatlarının malvarlıkları olmadığından onlara karşı açılan davalar fayda sağlamıyordu. Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 278, dn. 23 ve s. 295.

⁵² Roma hukukunda, özel yargılama sistemi içerisinde yer alan bu iki yargılama usûlünün, aralarındaki farklılıklara rağmen, her ikisinde de ortak olan uzlaşmanın mümkün olmamasıydı. Örneğin, ister *legis actio*’da ister *formula* usûlünde olsun, bir istihkak davası (*rei vindicatio*) söz konusu olduğunda, verilecek karar taraflardan birinin mülkiyet hakkına sahip olduğu, diğerinin ise olmadığı şeklinde kesin ve yalnız taraflardan biri lehine olacak şekilde hüküm ifade ederdi. Watson, Ancient, **a.g.e.**, s. 96.

⁵³ “*Lex Julia de Iudiciis Privatis*, Augustus zamanında çıkarılmış, bazı ufak istisnalarla *legis actio* usûlünü ortadan kaldırıp, *formula* usûlünün kullanılmasını yaygınlaştırarak, usûl hukukunu düzenleyen kanundur. Aynı yıl çıkarılan *Lex Julia de Iudiciis Publicis* ile ceza yargılama usûlü düzenlenmekteydi. *Legis actio* usûlünden *formula* usûlüne geçişi sağlayan kanun ise *Lex Aebutia*’dır. Yaklaşık M.Ö. 110 yılında çıkarılan bu kanun ile, yabancılar *praetor*’unun uygulamaya başladığı *formula* usûlü şehir *praetor*’u tarafından da tarafların isteği üzerine uygulanmaya başlandı. Bu kanun *legis actio*’ları kaldıramamakla birlikte, *formula* usûlünün uygulanabilirliğini arttırmıştır.” Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 114

belirlendiği ve sonrasında *magistra*'nın tarafları *iudex*'e yönlendirdiği basit bir usûldür⁵⁴.

Formula usûlünde de davalar iki aşamada görülürdü. *In iure* aşamasında, davacının iddiasına uygun olarak hazırlanan bir *formula*, davanın esasını oluştururdu. Davacının iddiasına uygun bir *formula*'nın bulunabilmesi, davacının iddiasında haklı dayanaklarının olmasına bağlıydı⁵⁵. Bu usûlde, *magistra*'lar tarafından hemen hemen her dava için ilgili olduğu uyuşmazlığa uygulanacak olan *formula*'lar oluşturulurdu⁵⁶.

Taraflardan biri, *magistra* önünde hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunursa, diğer tarafın belirlenen günde *magistra* önünde bulunması gerekirdi. *Magistra* huzuruna davet edilen taraf kendi iradesi ile veya *vadimonium* denilen *stipulatio* ile⁵⁷ vermiş olduğu taahhüde uygun olarak, belirlenen günde *magistra* önünde olmalıydı⁵⁸. *Magistra*, sahip olduğu *denagare actionem* yetkisine dayanarak hakkının ihlal edildiğini ileri süren tarafa *iudex* denilen özel kişi hâkim önüne gitme olanağını tanımayabilir,

ve 120; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 113; Honig, **a.g.e.**, s. 93 ve 95; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 293; Ventura, **a.g.e.**, s. 180; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 18.

⁵⁴ H. Jolowicz ve B. Nicholas, **Historical Introduction to the Study of Roman Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 1972), s. 199-232; J. A. Crook, **Law and Life of Rome** (New York: Cornell University Press, 1967), s. 76-77; Schulz, **Classical**, **a.g.e.**, s. 11-49; Buckland, **Textbook**, **a.g.e.**, s. 627.

⁵⁵ Umur, **Hakların Himayesi**, **a.g.e.**, s. 246-247.

⁵⁶ Metzger, **a.g.m.**, s. 212; Watson, **Ancient**, **a.g.e.**, s. 95.

⁵⁷ *Stipulatio*, Roma hukukunun en eski devirlerinden beri sözlü bir biçimde yapılan, tek taraflı, dar hukuk davaları doğuran sözleşmedir. Roma hukukunun borç doğuran genel bir sözleşme türü olarak, sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa borç doğurucu nitelikte bazı kelimeler kullanarak sorduğu soruya diğer tarafın olumlu cevap vermesi ile oluşurdu. Her türlü taahhüt, teminat, borç veya çeşitli anlaşmaların geçerli bir dava hakkı doğurabilmesi için *stipulatio* şeklinde yapılmaları gerekirdi. İmparatorluk döneminde ise yazılı şekil, geçerli bir biçimde sözleşmenin yapıldığı anlamını taşımış ve *stipulatio*'ların önemi ve uygulaması azalmıştır.. Umur, **Lügat**, **a.g.e.**, s. 202.

⁵⁸ J M. Kelly, **Roman Litigation** (Oxford: Clarendon Press, 1966), s. 6-12; W. W. Buckland ve A. McNair, **Roman Law and Common Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 1952), s. 401-402; Crook, **a.g.e.**, s. 75-79; Buckland, **Textbook**, **a.g.e.**, s. 630-633.

başka bir ifade ile istenilen *formula*'yı hazırlamayabilirdi⁵⁹.

Başvurusu reddedilen taraf, diğer bir *magistra*'ya gidebilir veya reddeden *magistra*'nın görev süresi olan bir yılın bitmesini bekleyerek yeni *magistra* önünde tekrar başvuruda bulunabilir, imparatorluk döneminde ise imparatora başvurabilirdi⁶⁰.

Magistra önüne gelen uyuşmazlığın diğer tarafı, *magistra* önünde ikrarda bulunabilirdi. Bu durumda “*confessus pro iudicato habetur*” yani “ikrar eden mahkûm edilmiş sayılır” kuralı gereği mahkûm edilirdi⁶¹. *Magistra* önünde taraflar ayrıca, karşı tarafı yemine davet edebilirdi. Bu davet sonrasında, yemin edilmesi ya da yeminden kaçınılması durumunda ise yargılamaya gerek duyulmaz ve doğrudan icra aşamasına geçilirdi⁶².

Magistra önündeki aşamayı sona erdiren *litis contestatio*, *magistra*'nın kontrolü altında iki taraf arasında yapılan bir anlaşmaydı. *Litis contestatio*'nun yapılabilmesi için her iki tarafın *in iure* aşamasında hazır bulunması zorunluydu. Böyle bir anlaşmadan sonra taraflar aynı uyuşmazlık konusunda bir daha dava açamazlardı⁶³. Bu anlaşmadan sonra iki taraf arasındaki uyuşmazlık *iudex* denilen hâkim tarafından çözüme kavuşturulurdu.

Apud iudicem denilen yargılamanın ikinci aşamasında ise hâkim, *formula* metnine bağlı kalarak tarafların iddialarını dinler ve yine *formula*'da belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak mahkûmiyet ya da beraat kararı verirdi. Karardan (*sententia*) sonra taraflar herhangi bir üst makama itirazda bulunamaz ve aynı uyuşmazlık konusunda dava açamazlardı (*Bis de aedem re ne sit actio*). Buna rağmen taraflar aynı konuda dava açmak istediklerinde *praetor*, davalıya kesin hüküm def'i

⁵⁹ *Praetor*'lar görev süreleri boyunca uygulayacakları kuralları her yıl “*edicta praetorum*” olarak da adlandırılan *edictum*'larla (hüküm, ferman) ilan ederlerdi. Dava hakkı tanınmayacak durumlar bir başka ifade ile *edictum*'da belirtilirdi. Dig. 50.17.102.1.

⁶⁰ Crook, **a.g.e.**, s. 6.

⁶¹ Tahiroğlu/Erdoğan, Roma, **a.g.e.**, s. 230.

⁶² Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 282.

⁶³ Ventura, **a.g.e.**, s. 195; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 256-257; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 21.

(*exceptio iudicatae*) olanağı tanıyarak davayı reddederdi⁶⁴.

1.3. Sistem Dışı Yargılamanın (*Cognitio Extra Ordinem*) Özellikleri

Sistem dışı yargılama usûlü, sınırların genişlenmesine bağlı olarak imparatorluğun idare ve yargı konularında ikiye bölünmesi sonrasında, imparatorluk eyaletlerinde *formula* yargılamasının takip edilememesi ve yargılamada farklı usûl kurallarının uygulanması sonucunda ortaya çıkmıştır⁶⁵. Bu yargılama sisteminin oluşmasının diğer nedenleri arasında yeni ihtiyaçların karşılanması, ortaya çıkan yeni hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklara farklı çözüm yolları bulunması da belirtilebilir⁶⁶.

M.S. 342 yılından sonra *formula* yargılamasının “zararlı kelime oyunları” olarak nitelendirilerek⁶⁷ kaldırılmasıyla birlikte, Roma hukukunda *cognitio extra ordinem* usûlü yani sistem dışı yargılama geçerlilik kazanmıştır. Iustinianus zamanında⁶⁸, tüm

⁶⁴ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 126-127; Honig, **a.g.e.**, s. 119; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 309; Ventura, **a.g.e.**, s. 197; Schwarz, **a.g.e.**, s. 290; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 260,278-283; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 27-28, dn. 28.

⁶⁵ Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 296-298.

⁶⁶ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 313-314; Günel, **a.g.e.**, s. 35; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 302; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 35-36.

⁶⁷“*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes*” Bu ifade M.S. 342 yılında Constans ve Constantius tarafından çıkarılan bir emirnamede yer almaktadır. Iust. Cod. 2. 57.1

⁶⁸ Iustinianus, hukuk alanında en büyük reformu gerçekleştiren Roma imparatorudur. Onun emri ile başlatılan ve Corpus Iuris Civilis adı verilen derleme çalışması, Tribonianos’un başkanlığında bir heyet tarafından kısa bir sürede tamamlanmıştır. Bu çalışmanın başında, ilk olarak imparator emirnameleri bir araya getirilerek M.S. 529 yılında Codex Iustinianus adı ile yayınlandı. M.S. 533 yılında yayınlanan Digesta ise daha kapsamlı bir çalışma idi. Önceki yüzyıllarda yapılan hukuksal çalışmalardan çağa uyarlanmış yeni bir eserdir. Hukuk öğrenimine giriş olarak düşünülen ve hukuksal konu ve kavramların daha kolay anlaşılmasını sağlamak için hazırlanan Institutiones ise iki ana eserin bir araya getirilmesi ile oluşturulmuştur. Codex’in yayınlanmasından sonra çıkarılan emirnamelerin derleme çalışması ise Novellae adı altında Corpus Iuris Civilis’e dahil edilmiştir. Corpus Iuris Civilis’te yer alan eserlerden Codex, Digesta ve Institutiones Latince, Novella’ların büyük çoğunluğu ise Eski Yunanca olarak kaleme alınmıştır. Bu çalışma Roma hukukunun sonraki dönemlerde, Bizans hukukunu ve özellikle 12. yüzyıldan sonra Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerini etkileyen ve gelişimlerine katkı sağlayan önemli eserlerinden biridir. Edward Gibbon, **The History of The Decline And The Fall of The Roman**

davalar *extra ordinem* usûlle görülmüş ve Iustinianus, özel yargılama sisteminin bir hatıradan ibaret kaldığını belirtmiştir⁶⁹.

Sistem dışı yargılamada devlet, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığa kendi organları aracılığıyla doğrudan müdahale ederdi. Bu sistemde yargılama faaliyetinin kamusal niteliğinin ön plana çıkmıştır⁷⁰. Zira davalar, tek aşamada ve devlet memuru olan hâkimler tarafından görüldü. Bu usûlde hâkim, *litis contestatio*'ya veya *formula*'larla belirtilen konulara bağlı kalmadan, devlet adına resmî bir sıfatla kararlar alabilirdi⁷¹. Katı şekil şartlarından arınmış bu yargılama sisteminde, ortaya çıkan uyuşmazlıklara daha sağlıklı çözüm bulmak konusunda hâkime tanınan serbesti, maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasında daha etkiliydi ve ayrıca tarafların dava sonunda verilecek olan karardan daha çok tatmin olmalarını sağlardı⁷². Bu sistemde tarafların menfaatlerine uygun olan diğer konular ise özel yargılama sisteminde görülen davacının davalıyı mahkemeye davet etme (*in ius vocatio*) zorunluluğunun bulunmaması ki bu usûlde davalıya daveti mahkeme yapardı⁷³, davalının mahkemeye gelmemesi durumunda yokluğunda davanın görülebilmesi, tarafların iddialarını ispata yarayan vasıtalar yani deliller konusunda yeni düzenlemelerin yapılması, mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olma zorunluluğunun kaldırılması, tarafların verilen karara itiraz hakkının bulunması şeklinde özet olarak belirtilebilir⁷⁴.

Empire - Vol. 5. (London: John Murray, Albemarle Street, 1862), s. 281-282; James Hadley, **Introduction to Roman Law** (Colorado: Fred B. Rothman Co., 1996), s. 1-2; Georg Ostrocorsky, **Bizans Devleti Tarihi** Çev. Fikret Işıltan (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1986), s. 69-70; Declareuil, **a.g.e.**, s. 33-34.

⁶⁹ Iust. Inst. 4.18.8.

⁷⁰ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 113.

⁷¹ Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Usûl Hukukunda Plus Petitio Yasağı ve Medenî Usûl Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri** (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2004), s. 32; Günal, **a.g.e.**, s. 34.

⁷² Jill Harries, **Law and Empire in the Late Antiquity** (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), s. 111.

⁷³ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 665; Harries, **a.g.e.**, s.105. Ayrıca bkz., Dig. 40.5.26.7. ve Dig. 40.5.26.9.

⁷⁴ Hunter, Introduction, **a.g.e.**, s. 1013; Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 662 vd.; Harries, **a.g.e.**, s.111-112; Di Marzo, **a.g.e.**, 146-147; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 313; Günal, **a.g.e.**, s. 35; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 304-316; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 37-39.

Mahkemenin verdiği kararların tekrar tartışılmaması ve usûl ekonomisi gibi düşüncelerle “aynı uyuşmazlık hakkında iki defa dava açılmaz” kuralı sistem dışı yargılama usûlünde de uygulanırdı. Zira Roma hukukunda, “kesinleşmiş hüküm gerçeği ifade eder” (*res iudicata pro veritate accipitur*) anlayışı bu dönemde de geçerliydi⁷⁵. Ancak taraflar bu karara karşı itiraz hakkına sahiplerdi. Tarafların verilen karara itiraz hakkının bulunması ile Roma yargılamasında o zaman kadar görülmeyen *appellatio* denilen ve günümüz kanun yollarından istinafa benzeyen kanun yoluna başvuru bu usûlde kabul edilmiştir⁷⁶. Roma hukukunda sistem dışı yargılamadan önceki yargılama usûllerinde de verilen karar kesin hüküm niteliğindeydi ancak bu karara karşı başvurulabilecek bir hukukî yol bulunmazdı. Sistem dışı yargılamada ise taraflardan itiraz etmek isteyen herhangi biri, mahkemenin hâkimine verdiği bir dilekçe *appellatio* denilen kanun yoluna başvurabilirdi⁷⁷.

2. ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİNDE HÂKİM

2.1. Genel Olarak

Roma hukukunda, uyuşmazlığın tarafları, yargılama usûlü ve yargılamayı yapacak mahkemeler yargı sürecinin en önemli üç unsuru olarak kabul edilirdi. Bu üç unsurdan biri olan Roma mahkemelerinde görev yapan hâkimler, Roma yargılama hukukunun en önemli sujesidir. Roma yargısının ve adâlet anlayışının geçirdiği değişiklikleri ve gelişmeleri yansıtmaları bakımından Roma mahkemelerinin ve mahkemelerde görevli hâkimlerin incelenmesi ayrı bir öneme sahiptir⁷⁸.

Romalılar, hukuk kuralları ile dinsel kuralların farklı olduğunu diğer toplumlardan daha önce anlamışlardı. Ancak hukuk ve din ayrımının farkında olmalarına rağmen, Roma’nın en eski dönemlerinde uzunca bir süre dinsel kuralların

⁷⁵ Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996), s. 189; Dig. 50.17.57.

⁷⁶ Roma hukukunda istinafa ilgili olarak bkz., Günel, **a.g.e.**, s. 89-125.

⁷⁷ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 148; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 319-321; Tahiroğlu/Erdoğan, Usûl, **a.g.e.**, s. 41.

⁷⁸ A.H.J. Greenidge, **The Legal Procedure of Cicero’s Time** (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999), s. 15.

hukuk üzerinde etkisi görülmüştür. Zamanla yönetim şeklinde meydana gelen değişikliklerle bazı siyasi organlar da Roma hukuku üzerinde etkili olmaya başlamıştır. Bir taraftan siyasi, diğer taraftan dinsel otoritelerin baskı ve etkisi altında olan Roma hukukunun en eski dönemlerinde, yargılamayı yapacak kişi veya organların sürekli bir biçimde ve değişmeden yargılamada görev aldıklarını düşünmek doğru değildir. Bu nedenle günümüz hukukçuları tarafından Roma hukukunda yargılama organlarının tarihsel kökeni ve niteliği konusunda kesin bir bilgiye ulaşılamamaktadır⁷⁹.

Roma tarihinin en eski dönemlerinde dinin, hukuk üzerinde etkili olmasının bir sonucu olarak Roma'nın ilk hâkimlerinin, *pontifices* olarak adlandırılan rahipler heyetine üye kişiler oldukları tahmin edilmektedir⁸⁰. Bu kişiler özel hukuk veya kamu hukuku meselesi olup olmadığına bakılmasızın her türlü davayı görmek konusunda yetkililerdi⁸¹.

Krallık döneminde, kralın yargılama yetkisi tartışmasız bir biçimde kabul edilmiştir. Tüm yargısal işler, kral ve krala ait mahkemeler tarafından yapıldı⁸². Servius Tullius'a kadar⁸³ olan dönemde krallar, yargı faaliyetini bireysel olarak

⁷⁹ Paul Frédéric Girard, **A Short History of Roman Law** (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000), s. 5-6; Joseph Plescia, "Judicial Accountability and Immunity in Roman Law," **The American Journal of Legal History**, Vol. 45, No. 1: 51-70, (2001), s. 56-57.

⁸⁰ A. Arthur Schiller, **Roman Law, Mechanisms of Development** (New York: Mouton Publishers, 1978), s. 160; John Cutler, **The History of Roman Law** (London: Butterworth & Co., 1896), s. 113; Dig. 1.2.2.6; Aksi görüşü savunan bazı yazarlar, *pontifices* olarak adlandırılan rahip hukukçular heyetinin sadece danışmanlık görevi yaptığını, hâkimlik ya da avukatlık gibi bir fonksiyonlarının olamayacağını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., F. Schulz, **History of Roman Legal Science** (New York: Oxford University Press, 1946), s. 21.

⁸¹ Bu kişilere daha çok mirasla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde ve şekle uygun olmayan hukukî işlemlerin geçerlilik taşıması için başvurulurdu. John George Phillimore, **Introduction to the Study and History of the Roman Law** (Colorado: Fred B. Rothman Co., 1996), s. 29.

⁸² R. W. Lee, **The Elements of Roman Law** (London: Sweet and Maxwell Ltd., 1956), s. 2; George Mousourakis, **The Historical and Institutional Context of Roman Law** (Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2003), s. 116.

⁸³ Servius Tullius, Roma Krallık döneminin M.Ö. 578-M.Ö. 535 yılları arasında tahta çıkmış altıncı kralıdır. Bkz. <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/536028/Servius-Tullius>> (Erişim Tarihi: 15.02.2009)

gerçekleştirirlerdi. Servius Tullius zamanında *decemviri*⁸⁴ olarak adlandırılan ve özel hukuktan doğan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için kurulan heyet mahkemesinin hâkimleri, uyuşmazlıkların çözümünde görevli kişiler olarak Roma yargısında yer almışlardır⁸⁵. Servius Tullius döneminden itibaren, kralın yargısal alandaki mutlak ve tek otoritesi ile bireylerin özgürlükleri arasında denge sağlanmak istenmiştir. Bu nedenle kamusal nitelikteki suçların görüldüğü ceza davaları kraliyet mahkemelerinde, özel hukuk davaları ise *iudex* olarak adlandırılan özel kişi hâkimler (*privati iudices*) önünde görülmeye başlamıştır⁸⁶.

Cumhuriyet döneminde yargı işlerinde görevli *magistra*'nın ve ayrıca *centumviri*, *recuperatores* gibi heyet mahkemelerinin⁸⁷ bulunması, *iudex* denilen özel kişi hâkimlerin Roma yargı sistemi içindeki yerini anlamayı zorlaştırmaktadır⁸⁸. *Magistra*, Roma özel yargılama sisteminde, aynı zamanda yargılamanın da önemli bir organı olarak kabul edilse de, kesin bir biçimde belirtmek gerekir ki, *iudex* ve *magistra* farklı kişilerdi⁸⁹. Uyuşmazlığın çözümü için kendisine başvuran tarafa dava hakkı tanıyan, davanın görülmesi esnasında uygulanacak yargısal kuralları belirleyen ve ayrıca *iudex*'i atayan *magistra*'dır. Bu aşamadan sonra dava sonunda verilecek karar, *iudex*'in takdirine (*quod bonum ac iustum iudici videtur*) bırakılırdı. Ancak, *iudex*'in yargılaması, kendisini atayan *magistra*'nın denetimine tabiydi ve *magistra*, kararın icrasını taraflardan lehine olmak üzere durdurabilirdi. Açıkça anlaşılmaktadır ki, *magistra* her ne kadar uyuşmazlık hakkında karar veren makam olmasa da, kararın verilmesinden önce kararın içeriğinin belirlenmesinde ve kararın verilmesinden sonra ise kararın icrasının durdurulmasında etkili olabilirdi. Yargılama ile ilgili olan geniş yetki ve görevlerinden ötürü, Roma hukukunda *magistra* aynı zamanda bir hâkim gibi

⁸⁴ Bkz., Aşa., Bölüm 1., 2.1.2.8.1.

⁸⁵ John Spencer Muirhead, **An Outline of Roman Law** (London: William Hodge and Company, Limited, 1947), s. 11; Phillimore, **a.g.e.**, s. 29.

⁸⁶ Cutler, **a.g.e.**, s. 124; Girard, **a.g.e.**, s. 28 ve 33; Greenidge, **a.g.e.**, s. 24.

⁸⁷ Bkz., Aşa., Bölüm 1., 2.1.2.8.2-3.

⁸⁸ J M. Kelly, **Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic** (Oxford: Oxford University Press, 1976), s. 2; Greenidge, **a.g.e.**, s. 15-16.

⁸⁹ Max Kaser, **Roman Private Law** Çev. Rolf Danenbring (London: Butterworths&Co., Ltd., 1968), s. 332; Cutler, **a.g.e.**, s. 125.

algılanmıştır⁹⁰. Ancak *magistra*'nın *iurisdictio* olarak adlandırılan yargı yetkisi içinde uyuşmazlığı çözerek karara bağlamak yer almazdı⁹¹. *Magistra*'lık genel anlamda devlet tarafından oluşturulmuş bir organ, *iudex* ise sıradan bir Roma vatandaşı olup taraflarca seçilmiş bir kişidir⁹². *Iudex* ile *magistra* arasındaki ilişki asıl olarak, *iudex*'i atayanın *magistra* olması ile görülmektedir. O halde, özel kişi hâkime devlet adına yargılama yapma yetkisini veren *magistra*'dır⁹³.

Roma hukukunda belirli bir uyuşmazlığın hâkimi olarak seçilmek çoğu zaman sıkıntılı bir işti. Ücretsiz olarak yürütülen bu işin ağır sorumlulukları vardı. Uyuşmazlığın çözümü için karar verdiği andan itibaren hâkimlik sıfatı ve sorumsuzluğu sona eren hâkim, hukukî veya cezai sorumlulukla karşı karşıya kalabilirdi.

Hâkim olarak seçilen kişiye görevi yerine getirmek isteyip istemediği sorulmazdı ve kural olarak bu görevi reddedemezdi. Ancak davanın görülmesinden önce üç çocuğunun savaşta ölmesi, yaşlılık, hastalık, başka bir devlet işinde görevlendirilmiş olmak gibi *magistra* tarafından belirlenmiş bazı mazeretleri ileri sürerek bu görevi yerine getirmekten kaçınabilirdi⁹⁴. Ayrıca davanın sonunda, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili yeterli kanaate ulaşamaması durumunda, yemin ederek herhangi bir karar vermekten kaçınması da mümkündü (*sibi non liquere*). Bu durumda, davayı görececek yeni bir hâkim atanırdı (*translatio iudicii*)⁹⁵.

Oniki Levha Kanunları, 1.6 :

“*Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto.*”

⁹⁰ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 43.

⁹¹ Cutler, **a.g.e.**, s. 124.

⁹² Kaser, **a.g.e.**, s. 342-343.

⁹³ Cutler, **a.g.e.**, s. 125.

⁹⁴ Dig. 50.5.1.

⁹⁵ H. Galsterer, “The Administration of Justice,” **The Cambridge Ancient History, The Augustan Empire (43 B.C- A.D. 69) Vol. X.** (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), s. 401; Declareuil, **a.g.e.**, s. 83; Berger, **a.g.e.**, s. 522; Kaser, **a.g.e.**, s. 353.

Oniki Levha Kanunları, 1.6 :

“Taraflar neresi için anlaşmışlarsa duruşma orada görülsün.
Anlaşamamışlarsa, *comitia* veya *forum*’da öğleden sonra görülsün”

Hâkimin davayı nerede ve ne zaman göreceği sorusunun yanıtını Oniki Levha Kanunları’nın yukarıdaki hükmünde bulmak mümkündür. Daha sonraki dönemlerde bütün davalar *forum* denilen şehir meydanında ve herkese açık olarak görülmüştür. İmparatorluk döneminde ise kapalı yerlere geçildi. Belirtilen bu yerlerde hâkimler, hasat veya bağ bozumu ile bayram günleri ve savaş dönemlerinde davayı göremezlerdi⁹⁶.

Roma hukukunda hâkim kavramı, ceza hukuku ve özel hukuk bakımından ayrı ayrı incelenebilir. Zira Roma özel hukukunda hâkimler için genellikle *unus iudex* yani uyuşmazlığı çözen tek kişi hâkim ifadesi kullanılırken, ceza hukukunda ise heyet halinde görev yapan kişileri ifade etmek için *iudices quaestionis perpetuae* ifadesi kullanılırdı⁹⁷.

2.1.1. Roma Ceza Usûl Hukukunda Hâkimler

2.1.1.1. Roma Ceza Hukukunun Gelişim Süreci

Roma hukukunda uzunca bir dönem belli bir sisteme sahip ceza hukukunun bulunduğundan söz edilemez⁹⁸. Bunun nedeni olarak, Roma hukuk sistemi içinde ceza hukukunun sıklıkla ele alınan bir alan olmaması ve Romalı hukukçuların özellikle özel hukuk alanı üzerine yoğunlaşması gösterilebilir. Roma ceza hukuku alanına olan ilgisizlik M.S. 2. yüzyıla kadar devam etmiştir. M.S. 2. yüzyıldan sonra Roma ceza hukuku önemli bir gelişim göstermiştir⁹⁹.

Roma’nın en eski dönemlerinde, başlıca suçlar ilahlara karşı işlenen suçlardı.

⁹⁶ Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 207-208.

⁹⁷ Bu ifadeleri ayrıntılı biçimde inceleyen eser için bkz., Kelly, Civil Judicature, **a.g.e.**, s. 112vd.

⁹⁸ O. F. Robinson, **The Criminal Law of Ancient Rome** (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996), s. 1.

⁹⁹ Richard A. Bauman, **Crime and Punishment In Ancient Rome** (Oxford: Routledge, 1996), s. 3; Harries, **a.g.e.**, s. 101.

Bu suçlar genellikle insanların ilahlara karşı kışkırtılması şeklindeki bir davranış sonucunda ortaya çıkardı. Suç ve cezalar üzerindeki dinsel etkinin yoğun bir biçimde görüldüğü bu dönemde, ilahlara karşı işlenen suçlar için öngörülen cezalar oldukça ağırdı. Zira ağır cezalarla ilahların intikam almalarının önleneceği düşünülürdü¹⁰⁰.

Roma’da sistemli bir ceza hukukunun oluşmasına kadar olan dönemde ilk olarak şahsi öç ilkesi geçerli olmuştur. Zaman içinde bu uygulamanın yerini ihtiyari diyet ve daha sonra zorunlu diyet almıştır. Bu nedenle uzunca bir dönem Roma ceza hukukunun kapsamı oldukça dar bir alanda kalmıştır¹⁰¹.

Belli bir sisteme sahip ceza hukukunun bulunmaması, suç ve öngörülen ceza arasında orantısızlığa ve cezalarda keyfiliğe yol açmıştır¹⁰². Uzunca bir dönem, ceza hukuku alanından çok usûl hukuku ve özel hukuk alanına önem vermiş olan Romalıların, ceza hukuku alanındaki gelişimi oldukça yavaş bir şekilde gerçekleşmiştir. Özellikle, ceza vermeye yetkili organların oluşturulması ve ceza hukuku kurallarının getirilmesi ile birlikte Roma ceza hukuku genel bir karaktere sahip olmaya başlamıştır¹⁰³. Büyük çoğunluğu *praetor edictum*’larına¹⁰⁴ dayanılarak hazırlanan kanunlarla birlikte ceza yargılaması yapısal ve şekli anlamda gelişimini

¹⁰⁰ William L. Burdick, **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law** (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2004), s. 677; Greenidge, **a.g.e.**, s. 8.

¹⁰¹ James Leigh Strachan-Davidson, **Problems of the Criminal Law - Volume I** (Oxford: Oxford Clarendon Press, 1912), s. 37.

¹⁰² Kudret Ayiter, “Roma Ceza Hukukunda *Quaestiones Perpetuae* ve *Cognitio Extra Oridnem*,” **Ahmet Esat Arsebük’e Armağan**, (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958), s. 345.

¹⁰³ Belirli bir sisteme sahip olana kadar Roma hukukunda, ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemeleri bazı zamanlarda belirgin bir biçimde farklı, bazı zamanlarda ise iç içe geçmiş bir görünümde idi. Greenidge, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁰⁴ Göreve gelen *praetor*, yargı işlerinin görülmesinde düzeni sağlamak için uygulayacağı kuralları ve yapacağı faaliyetleri *edictum*’la ilan ederdi. *Edictum*’da yer alan prensipler, aynı zamanda dava açmak isteyenler için yönlendirici bir işleve sahipti. Ancak *edictum* kanun niteliğinde değildi, sadece *edictum*’u yayınlayan *praetor* için bağlayıcı nitelik taşırdı. Rudolph Sohm, **The Institutes of Roman Law** Çev. James C. Ledlie (New Jersey: Gorgias Press, 2002), s. 48; Girard, **a.g.e.**, s. 80; Declareuil, **a.g.e.**, s. 21; Nicholas, **a.g.e.**, s. 21.

sürdürmüştür¹⁰⁵.

Roma ceza hukuku çeşitli dönüm noktaları dikkate alınarak sınıflandırılmaktadır. Kanımızca, Roma ceza hukukunun başlıca iki dönüm noktasından hareketle incelenmesi daha doğru bir yaklaşımdır¹⁰⁶. Bunlardan biri *questiones*'den *questiones perpetuae*'ye geçiş, diğeri ise sistem dışı yargılamanın kabulüdür. Roma ceza hukukunun genel yapısı *questiones perpetuae* öncesi ve sonrası olmak üzere incelenebilir.

2.1.1.2. *Questiones* ve *Questiones Perpetuae* Usûlü

2.1.1.2.1. Gelişim Süreci

Roma'nın kurulduğu ilk yıllardan M.Ö. 2. yüzyıla kadar olan dönemde Roma ceza hukukunun genel yapısının belirlenmesinde etkili olan örf ve âdetlerdi. Örf ve âdetler, özellikle aile düzeninin korunmasına ilişkin kuralları ve dinî kuralları ihlal edenlere yönelik olan bazı fiilleri suç olarak nitelendirmişti¹⁰⁷. Suç olarak nitelendirilen fiillerin çeşitli cezaî yaptırımları bulunmazdı ve genellikle benzer olaylar için benzer cezalar uygulanırdı. Başlıca cezaî yaptırımlar aileden ihraç ve malın müsaderesi idi¹⁰⁸.

Örf ve âdetin, hukuk üzerindeki etkisi zaman içinde azalınca yeni suç

¹⁰⁵ Roma hukukunun eski dönemlerine ait yazılı kaynakların sayısının sınırlı olması, Roma hukukunun ilk dönemlerinde sahip olduğu ceza yargılamasına ilişkin kuralların belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Harries, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁰⁶ Roma ceza hukukunun sıklıkla, Oniki Levha Kanunları, Sulla Kanunları, Klasik Hukuk dönemi ve Iustinianus dönemlerine göre ayrı ayrı incelendiği görülür. Ayiter, **a.g.m.**, s. 339-340.

¹⁰⁷ “Aile reisi aleyhine işlenen müessir fiiller, *patronus* tarafından *clientes*'in zararına yapılan fiiller, kocanın karısını satması, haklı sebepler olmadan karısını tek taraflı irade ile boşamak aile düzeninin korunması için suç sayılmıştır. Dinî kuralların ihlalinin önlemesi için ise dul kadının matem yılını dikkate almaması, arazi sınırlarının değiştirilmesi şeklinde yapılan fiiller suç olarak nitelendirilirdi.” Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), s. 75; Frederick Parker Walton, **Historical Introduction to the Study of Roman Law** (Edinburgh: W. Green & Son, Limited, 1920), s. 206; Strachan Davidson, Vol. I., **a.g.e.**, s. 11; Ayiter, **a.g.m.**, s. 341-342.

¹⁰⁸ Askerî hizmetleri ve vergi mükellefiyetlerini yerine getirmemek, memleket dışındaki düşmanlarla birleşerek devletin aleyhine suç işlemek, bir aile gurubu reisinin veya temsilcisinin kasten öldürülmesi ve devlete karşı işlenen suçlar kamu suçu olarak nitelendirilirdi. Ayiter, **a.g.m.**, s. 342-343.

nitelendirmeleri yapılmıştır. Bir tarafta şahsen takip edilen suç olarak başkasının egemenliğinde bulunan kişilere karşı işlenen ve siyasi bir organ yahut aile veya aile gruplarınca cezalandırılan suçlar, diğer tarafta ise devlet organları tarafından takip edilen ve yine devlet organlarınca cezaları belirlenen kamu suçları (*crimina publica*) ortaya çıkmıştır¹⁰⁹.

Krallık döneminde, bir fiilin kamu suçu olarak nitelendirilmesi kral tarafından yapılır ve failler, kral tarafından dinsel kuralların etkisi altında cezalandırılırdı. Kısacası, Krallık döneminde, suçu, suçluyu ve cezayı takdir eden kral idi¹¹⁰.

Oniki Levha Kanunları, suç sayılan fiillere yenilerini eklemiş ve bunun dışında Roma ceza hukuku bakımından önemli sayılabilecek bir yenilik getirmemiştir¹¹¹. Bu nedenle Roma ceza hukukunun Oniki Levha Kanunları ile gelişmeye başladığından söz edilemez.

Cumhuriyet dönemine kadar, Roma hukukunda uzunca bir dönem belirli bir sisteme sahip ceza hukukunun bulunmaması, kanunlarla suç olarak nitelendirilmemiş bazı fiillerin *magistra*'lar tarafından keyfi olarak kıyas yolu ile suç olarak nitelendirilmesine neden olmuştur. Bu durum kanunla belirlenen suçların kapsamına girmeyen fakat suç olarak kabul edilen fiillerin sayısının belirsiz bir şekilde artması sonucunu meydana getirmiştir¹¹².

Cumhuriyet döneminin ortalarından itibaren, Roma ceza hukukunda kamusal otoritenin yani *magistra*'nın cezalandırma yetkisinin sınırlandırılmaz niteliğinin değiştiği görülmektedir. Nitekim bu dönemde, kamu suçlarından olan *perduellio* ve *parricidium* ile¹¹³, Romalılar ilk defa, o döneme kadar yargısal alanda *magistra*'nın

¹⁰⁹ Burdick, **a.g.e.**, s. 678; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 140.

¹¹⁰ Burdick, **a.g.e.**, s. 677; Walton, **a.g.e.**, s. 210.

¹¹¹ James Fitzjames Stephen, **A History of The Criminal Law of England - Vol. III** (Oxford: Routledge,1996), s. 11.

¹¹² Ayiter, **a.g.m.**, s. 347.

¹¹³ *Perduellio*, Oniki Levha Kanunları'nda cezası idam olarak belirlenen vatana ihanet suçudur. Dig. 48.4.11' de bu suçun faili devlete ya da imparatora karşı düşmanca davranış sergileyen kişi olarak belirtilir. Düşmana katılmak, Roma devletine karşı düşmanı tahrik etmek, bir Roma vatandaşını düşmana

suçluyu tespit etme konusunda sahip olduğu yetkiyi, *comitia*'ya (halk meclisi) başvuru hakkının kabul edilmesi ile sınırlandırmışlardır¹¹⁴. Cumhuriyet döneminde ortaya çıkan bu yeni usûlde, *perduellio* ve *parricidium* suçlarında *magistra* tarafından suçluluğu kabul edilmiş kişi, gerçekte bir mahkeme olmayan *comitia* tarafından olayın karara bağlanmasını isteyebilirdi¹¹⁵. Bu suçlar bakımından *comitia* ve diğer suçlar bakımından *magistra* sadece suçluluğun ya da suçsuzluğun tespitini yapardı. Her suça karşılık gelen cezalar önceden belirlendiği için sadece suçlu ya da suçsuz şeklinde karar verilmesi yeterliydi¹¹⁶. *Digesta*'da yer alan aşağıdaki metin bunu açık bir biçimde ifade etmektedir.

Dig. 48.16.1.4

Marcianus:

“Quorum alterutrum ipsis verbis pronuntiationis manifestatur. nam si quidem ita pronuntiaverit “non probasti”, pepercit ei: sin autem pronuntiavit “calumniatus es”, condemnavit eum. et quamvis nihil de poena subiecerit, tamen legis potestas adversus eum exercebitur:”

Dig. 48.16.1.4

Marcianus:

“Yargılama sonunda hâkimin verdiği kararda, “iddialarını ispat edemedin” ifadesi bulunuyorsa, davalı mahkûmiyetten kurtulur. Ancak “suçlu bulundun” ifadesi kararda yer alırsa, bu defa sanığın mahkûm

teslim etmek vatana ihanet suçu kapsamında yer alan çeşitli fiillerdir. *Parricidium* suçu ise, yine cezası idam olarak belirlenen, ilk olarak sadece aile reisini öldürmek şeklinde algılanırken daha sonra alt soy ve üst soyun birbirlerini öldürmesi ve azatlının *patronus*'u öldürmesini de içine alarak kapsamı genişletilmiş olan en eski kamu suçlarından biridir. Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 152 ve 155; Berger, **a.g.e.**, s. 618 ve 626; Hadley, **a.g.e.**, s. 120; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 143; Walton, **a.g.e.**, s. 205.

¹¹⁴ Cutler, **a.g.e.**, s. 71; Strachan Davidson, Vol. I., **a.g.e.**, s. 11; Greenidge, **a.g.e.**, s. 8; Burdick, **a.g.e.**, s. 677.

¹¹⁵ Mousourakis, **a.g.e.**, s. 143; Walton, **a.g.e.**, s. 211.

¹¹⁶ Ayiter, **a.g.m.**, s. 344-345.

edildiği anlaşılır. Hâkim, kararında davalının cezasına yer vermemiş olsa bile, kanun hükmü (ilgili cezanın yer aldığı) davalının aleyhine olacak şekilde uygulanır.”

Magistra’nın takdirine bırakılan fiilî durumun tespiti, Verilecek olan ceza onun takdirine bırakılmayıp, kanunlarla belirlenmiştir¹¹⁷. Yukarıda yer alan metinden de anlaşıldığı üzere, *magistra* tarafından sadece suçluluğun tespit edilmesi cezasının belirlenmediği anlamına gelmezdi. Ancak suç nitelmesi yapılmayan birçok fiil ise, *magistra* tarafından kıyas yolu ile kanunla belirlenen suçlardan birinin kapsamına dâhil ediliyordu. Bu durum, ceza mahkemelerinin kurulmasına kadar devam etmiştir.

M.Ö. 2. yüzyılda ise Roma ceza hukukunda farklı bir usûl, *quaestiones* usûlü uygulanmaya başlamıştır¹¹⁸. Bu dönemde şikâyetlerin incelenmesi, M.Ö. 171 yılında *magistra* ve beş senatörden oluşan ve mahkeme gibi karara bağlayacak olan bir heyete bırakılmıştı. *Questiones* olarak adlandırılan ve tahkikat ile sorgu esasına dayanan bu yeni usûl, Roma ceza hukukunda bir sistem oluşturulması bakımından büyük öneme sahip olan bir başlangıç noktasıdır¹¹⁹.

Bu usûlün ortaya çıkış nedeni suç olarak nitelendirilen ancak cezası belirlenmemiş fiillerin tespitini ve bunların bir kanunla sabit kılınmasını sağlamaktır. Bu usûle kadar, kanunlarla suç nitelmesi yapılan fiiller söz konusu olduğunda *magistra* sanığı huzuruna çağırır, dinler ve suçlu olup olmadığına karar verirdi. Ancak suça karşılık gelen ceza, çoğu olayda önceden belirlenmediği için *magistra*, örf ve âdeti de dikkate alarak keyfi bir biçimde cezayı belirlerdi¹²⁰.

Cumhuriyet döneminde halk meclisi olarak da bilinen *comitia centuriata*’nın

¹¹⁷ Harries, **a.g.e.**, s. 101.

¹¹⁸ Wolfgang Kunkel, **An Introduction to Roman Legal and Constitutional History** Çev. J. M. Kelly (Oxford: Oxford University Press, 1966), s. 63.

¹¹⁹ David Nasmith, **Outline of Roman History from Romulus to Justinian** (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006), s. 55; James Leigh Strachan-Davidson, **Problems of the Criminal Law - Volume II** (Oxford: Oxford Clarendon Press, 1912), s.3; Robinson, **a.g.e.**, s. 1; Burdick, **a.g.e.**, s. 682.

¹²⁰ Diler Tamer, **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis** (İstanbul:Homer Kitabevi, 2007), s. 121; Ayiter, **a.g.m.**, s. 346-347.

yargılama yetkisi de kabul edilmiştir. İlk olarak halk meclisi, *magistra*'nın kararlarına karşı bir itiraz merci olarak görev yaparken, daha sonraları para cezalarının verilmesine ilişkin suçlarda doğrudan yargılama yapmaya başlamıştır¹²¹. *Magistra*'nın kararına karşı yapılan itirazların incelenmesi şu şekilde gerçekleşirdi: *Contio* olarak adlandırılan ve kamusal alanda yapılan, her birisinin en fazla bir gün sürdüğü ve ayrı ayrı yapıldığı toplantılarda *magistra*'nın verdiği karar soruşturulurdu. Bu toplantılarda itiraz konusu olay araştırılır ve bu olayla ilgili olarak bir karar verilmez, sadece değerlendirme yapılırdı. Böyle bir soruşturma yapılmaksızın halk meclisi, suç konusunda bir karara varamazdı. Üçüncü toplantı sonrasında, belirlenen günde dava konusu olay yeniden gözden geçirilmek üzere halk meclisi önünde görülürdü¹²². Halk meclisi, *magistra*'nın kararını ve bu karara konu olan olayları yeniden inceleyerek, eksiklikler tespit ettiği takdirde kararını bir kez daha incelemesini *magistra*'dan talep edebilirdi. Böyle bir talep söz konusu olduğu takdirde, *magistra* kararını yeniden inceler ve gerekli gördüğünde değişiklik yapabilirdi¹²³.

Roma hukukunda ceza mahkemelerinin kurulması ile *magistra*'nın ceza yargılamasında sahip olduğu yetkiler önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu mahkemelerden, özel bir kanunla oluşumuna izin verilen *quaestiones*, başkanlığını *magistra*'nın yaptığı istisnâ bir ceza mahkemesi idi. İlk olarak cezaların belirlenmesine hizmet eden geçici bir mahkeme niteliğinde iken, daha sonra M.Ö. 149'da kabul edilen *Lex Calpurnia de repetundis* adlı kanunla *quaestiones perpetuae* yani daimi bir ceza mahkemesi haline gelmiştir¹²⁴. Böylelikle ceza yargılaması sırasında, *magistra*'ların suçun failinden menfaat elde etme gibi bir beklentisinin olması veya failin ekonomik durumunu gözетerek karar vermesi şeklinde sıklıkla görülen tarafsız olmayan davranışları engellenmiş, sürekli ve kanunlarla belirlenmiş bir nitelikte olan yeni ceza

¹²¹ Burdick, **a.g.e.**, s. 681.

¹²² Aynı, s. 682-683.

¹²³ J.A.C. Thomas, "The Development of Roman Criminal Law," **The Law Quarterly Review**, Vol. 79: 224-237, (1963), s. 227; Berger, **a.g.e.**, s. 660; Ayiter, **a.g.m.**, s. 347.

¹²⁴ Bauman, **a.g.e.**, s. 22; Burdick, **a.g.e.**, s. 683; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 149; Nasmith, **a.g.e.**, s. 55; Stephen, **a.g.e.**, s. 12; Walton, **a.g.e.**, s. 215.

yargılaması ile âdil yargılamanın önü açılmıştır¹²⁵. Bu mahkemeler ilk zamanlarda İtalya ve eyaletlerde Roma vatandaşı olmayanların, Roma'nın resmi sıfatlı görevlilerince kendilerinden haksız olarak aldıkları para ve diğer şeylerin iade edilmesi iddialarını dinlerdi¹²⁶. Ancak kanunla ve daha sonra *senatus consultum*'larla¹²⁷ kurulan *quaestiones perpetuae*'lerin sayısı ve fonksiyonları bir taraftan cezalandırılacak fiilleri diğer taraftan cezaları belirlemek şeklinde artmıştır¹²⁸.

Lex Calpurnia de repetundis'den sonra, ilk olarak *Lex Junia* ve daha sonra M.Ö. 123 yılında *Lex Acilia de repetundis* kanunları ile bu mahkemeler düzenlenmiştir. Roma ceza mahkemelerine ilişkin hükümler içeren bu üç kanunun asıl amacı eski durumunun iadesini sağlamaktı. Ayrıca bu kanunlarla birlikte yeni cezalar da kabul edilmişti¹²⁹.

Bu kanunlardan *Lex Acilia de repetundis* günümüze kadar tam bir metin olarak ulaşan ve tümüyle heyet olarak görev yapan sürekli ceza mahkemelerine (*quaestiones perpetuae*) ilişkin hükümler içeren, Roma ceza yargılamasının en temel kanunlarından birisidir¹³⁰. Sürekli ceza mahkemelerinin (*quaestiones perpetuae*) yapısı ve yargılama şekli asıl olarak bu kanun kapsamında düzenlenmiştir¹³¹.

¹²⁵ J. W. Cecil Turner, **Introduction to the Study of Roman Private Law** (Cambridge: Bowes&Bowes Limited, 1953), s. 37.

¹²⁶ Bauman, **a.g.e.**, s. 23; Declareuil, **a.g.e.**, s. 55.

¹²⁷ “*Senatus*, Roma'nın yönetiminde etkili organlardan biridir. Krallık döneminden, imparatorluk dönemine kadar Roma'nın önemli organlarından biri olarak yer almıştır. Belli sayıda Roma vatandaşından oluşur ve daha çok devletin iç idaresi ve dış siyasetini elinde tutardı. Kanun tasarıları hazırlamak ve halk meclisi kararlarını onaylamak belli başlı yetkileridir. Bu yetkileri ve yönetimde sahip olduğu konumu, imparatorluk döneminden itibaren azalmış ve bir şeref organı olarak varlığını sürdürmüştür. *Senatus*'un aynı zamanda bir danışma organı olarak almış olduğu kararlar, *senatus consultum* olarak ifade edilirdi. Bu kararlar, Roma hukuku içerisinde Cumhuriyet dönemi ile birlikte önemli bir yere sahip olmuştur. Zira bu dönemde, *senatus consultum*'lar kanun gücüne sahipti. İmparatorluk döneminde ise bu kararlar hiçbir biçimde imparator için bağlayıcılık taşımayan tavsiyeler niteliğinde idi.” Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 191-192.

¹²⁸ Robinson, **a.g.e.**, s. 2.

¹²⁹ Bauman, **a.g.e.**, s. 23.

¹³⁰ Bu kanunun çevirisi için bkz., E. G. Hardy, **Roman Laws and Charters** (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2005), s. 10-35.

¹³¹ Robinson, **a.g.e.**, s. 2; Hardy, **a.g.e.**, s. 23.

2.1.1.2.2. Sürekli Ceza Mahkemelerinin (*Questiones Perpetuae*) Yapısı

Başkan ve üyelerden oluşan bu mahkemeler, heyet olarak oy çokluğu ile karar verirdi. Mahkeme başkanlığını *magistra* yapardı. *Iudex questionis* terimi heyet üyelerinden her biri ve mahkeme başkanı için kullanılırdı¹³². Ayrıca mahkemeye başkanlık yapan *magistra*, bazen *praetor quei eam rem quaeret* bazı zamanlarda ise *iudex quei eam rem quaeret* olarak da ifade edilirdi¹³³. Sayıları zamanla artan bu mahkemelerde, mahkeme başkanının *magistra* olması zorunluluğu daha sonraki dönemlerde kaldırılmış ve *magistra* olmayan kişiler de yemin ederek başkanlık görevini yürütmeye başlamışlardır¹³⁴.

Heyet üyeleri, *praetor*, şövalye, senatör sınıflarından olan kişiler arasından seçilirdi. Bu kişilerde bulunması gereken niteliklerden başlıcaları, otuz yaşından küçük ve altmış yaşından büyük olmamak ve Roma merkezine bir mile kadar olan mesafe içerisinde ikamet ediyor olmak¹³⁵. Hâkim olarak görev yapabilecek dört yüz elli hâkim adayının belirlenmesini, bu kişilerde aranan nitelikleri de dikkate alarak *magistra* gerçekleştirirdi. *Album* denilen beyaz bir levha üzerine siyah renkli harflerle, dört yüz elli kişinin adları, baba adları ve ünvanları tek tek yazılarak ilan edilirdi. Daha sonra dört yüz elli kişi *forum* denilen herkese açık alanda isimlerinin okunması ile birlikte ayrı ayrı yemin ederlerdi. Bu aşamadan sonra, listede yer alan bu kişilerin seçilebilecek en iyi ve yetenekli hâkimler oldukları kabul edilirdi¹³⁶.

Heyette görev yapacak üyelerin sayısı kanunla belirlenmişti. *Lex Acilia de repetundis* ile dört yüz elli kişi içinden elli hâkimin (*iudices*) seçileceği, M.Ö. 70 tarihli *Lex Aurelia* ile heyet listesinde yer alacakların her bir sınıftan üçte biri kadar olacak

¹³² Mousourakis, **a.g.e.**, s. 231; Robinson, **a.g.e.**, s. 4.

¹³³ Hardy, **a.g.e.**, s. 1.

¹³⁴ Tamer, **a.g.e.**, s. 130-131.

¹³⁵ Robinson, **a.g.e.**, s. 4; Hardy, **a.g.e.**, s. 2; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 230.

¹³⁶ Hardy, **a.g.e.**, s. 15-16.

şekilde senatör, şövalye, *tribuni aerarii*¹³⁷ olması düzenlenmiştir¹³⁸. Davada görev yapacak olan elli kişilik hâkim heyetinin belirlenmesinde ise suçlamayı yapan taraf etkiliydi. Bu kişi, dört yüz elli ismin yer aldığı listeden başlangıçta yüz, daha sonra ise yüz kişi içerisinde elli kişiyi hâkim olarak seçebilirdi. Ancak suçlamayı yapan tarafın elli kişiyi hâkim olarak seçememesi durumunda *magistra* tarafından seçim işlemi yapılırdı. Seçilen bu kişilerin isimleri kaydedilir ve dava sonuçlanıncaya kadar görevli oldukları kabul edilirdi¹³⁹.

Ceza davasında görev yapacak olan hâkimlerin sayısının her dönem aynı kaldığı söylenemez. Örneğin Cicero¹⁴⁰, yaşadığı dönemde toplamda yetmiş beş hâkimden oluşan bir mahkemenin görev yaptığını belirtmektedir¹⁴¹.

2.1.1.2.3. Sürekli Ceza Mahkemelerinin (*Questiones Perpetuae*) Yargılama Şekli

Sürekli ceza mahkemelerinde (*questiones perpetuae*) yargılama, mağdur vatandaşın başkana yani *magistra*'ya başvurusu ile başlardı ve iddiasının sanığa suç isnat etmeye yeterli olduğuna kanaat getirilirse, *magistra*'nın dava konusu olayı mahkemeye bildirmesi ile devam ederdi¹⁴².

Bu aşamadan sonra heyet toplanırdı. Duruşmanın başlamasından önce heyette yer alan hâkimler tek tek yemin etmek zorundaydı. Tüm hâkimler yemin ettikten sonra duruşma yapılırdı¹⁴³. İlk duruşma gününde hâkimlerin üçte ikisinin mahkemede hazır bulunmaları gerekliydi. Kural olarak duruşmalar kesintisiz yapılırdı. Ancak yeterli

¹³⁷ *Tribuni aerarii*, hazine tribünleri olarak da adlandırılan mali konularda görevli kişilerdir. Berger, **a.g.e.**, s. 558.

¹³⁸ Bauman, **a.g.e.**, s. 23; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 230-231.

¹³⁹ Hardy, **a.g.e.**, s. 18-19.

¹⁴⁰ M. Tullius Cicero, M.Ö. 106 yılında Arpinum şehrinde doğmuş, süvari sınıfına mensup, hukuk ve felsefe eğitimi almış, ünlü Roma devlet adamı, filozof ve yazardır. Atlan, **a.g.e.**, s. 149.

¹⁴¹ Marcus Tullius Cicero, **Pro. P. Sulla Oratio** Çev. D.H. Berry (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), s. 16.

¹⁴² Fritz Schulz, **Principles of Roman Law** Çev. M. Wollf (Oxford: Clarendon Press, 1936), s. 205; Galsterer, **a.g.m.**, s. 402.

¹⁴³ Hardy, **a.g.e.**, s. 21.

sayıda hâkimin katılmadığı duruşma, *ampliatio* denilen yolla, hâkimlerin üçte ikisinin hazır bulunacağı ertesi güne ertelenirdi¹⁴⁴.

İlk duruşma gününde suçlayan da hazır bulunmalıydı. Davacı geçerli bir mazereti bulunmaksızın duruşmaya katılmazsa¹⁴⁵, *tergiversatio* (kaçınma) veya *praevaricatio* (iftira) nedeniyle sürgün edilirdi¹⁴⁶.

Iust. Cod. 9. 44. 2pr. :

“Noverint iudices cuilibet culmini honorive praesidentes, necessariis utrique parti, si petantur, dilationibus non negatis praecedentibus scilicet inscriptionibus, intra certum tempus criminales causas limitandas: quo emenso subeat accusator, quia destitit, poenam legibus constitutam, et si persona vilior fuerit, cui damnum famae non sit iniuria, poenam patiatur exilii, nisi forte intra statuti temporis metas consensus partium abolitionem poposcerit..”

Iust. Cod. 9. 44. 2pr. :

“Hâkimler, ceza davalarının taraflarına, hangi konumda olup olmadıklarına veya hangi sınıfa dâhil olduklarına bakmaksızın, gerekli süreleri tanımalı ve zorunlu gecikmeleri kabul etmelidirler. Ancak yargılamanın belirli bir zamanda başlaması gereklidir ve davacı, yargılamanın başlangıcında davaya katılmazsa kanunda belirtildiği şekilde cezalandırılmalıdır. Böyle bir durumda, alt tabakadan olan ve dolayısıyla şerefini kaybetmekle zarara uğramayacak olan davacı, davanın her iki tarafının rızası ile kanunda belirtilen süreler içerisinde sonlandırılması dışında sürgün cezasına çarptırılır.”

Questiones perpetuae'de yer alan başkan ve üye hâkimler, sorgulama

¹⁴⁴ Aynı, s. 9 ve 23.

¹⁴⁵ *Magistra* seçilme, kamu görevinin olması, hastalık ve aynı gün başka duruşmaya katılacak olması geçerli mazeretler olarak kabul edilebilirdi. Tamer, *a.g.e.*, s. 132.

¹⁴⁶ Robinson, *a.g.e.*, s. 5.

yapmazlardı. Bu nedenle belirlenen duruşma gününde davacının şahsen veya vekili aracılığı ile sözlü olarak ve ayrıntılı bir biçimde iddialarını ve bu iddialarını destekleyen delillerini heyete sunması gerekliydi. Tanıkların dinlenmesi aşamasında tarafların avukatları, tanıkların beyanları ile ilgili görüşlerini açıklayabilirler ve tanıkları sorgulayabilirlerdi¹⁴⁷.

Actio prima denilen ilk duruşmada üçte bir oranında hâkimin talebi halinde, delillerin değerlendirilmesi için *actio secunda* denilen ikinci duruşmaya kadar kararın ertelenmesi mümkündü¹⁴⁸. *Comprendinatio* olarak adlandırılan bu erteleme, *ampliatio*'dan farklı olarak her türlü dava bakımından söz konusu olabilirdi. Bu ertelemenin amacı hâkimlerin iddia hakkında yeterli kanaate ulaşmış bir karar vermelerini sağlamak ve gereksiz bir zaman kaybını engellemektir¹⁴⁹.

Duruşma sonunda suçlu, suçsuz veya kararsız şeklinde üç türlü oy kullanılabilirdi. Karar aşamasında, başkan öncelikle üyelerin en az üçte ikisinin karar vermeye hazır olduklarını belirler ve karar vermeye hazır olmayan üyeleri duruşmanın yapıldığı alandan çıkarırdı. Mahkemede karar için hazır bulunan hâkimlerin dışarıya çıkarılmasına izin verilmezdi¹⁵⁰.

Her bir üye karar öncesinde, kararını diğer bir hâkime söylemeyeceğine dair yemin ederdi. *Lex Cassia Tabellaria* adlı kanunda belirtildiği gibi üyeler oylarını gizli olarak kullanırlardı ve oy çokluğu ile kararlar alınır¹⁵¹. Oyların eşitliği beraat anlamına gelirdi¹⁵². Oy kullanacak olan her bir üyenin önüne, bir tarafında suçlu anlamına gelen *condemno*'nun kısaltılmışı "C", diğer tarafa ise suçsuz ya da beraat anlamına gelen *absolvo*'nun kısaltılmışı "A" harfli mühürler konulurdu. Daha sonra

¹⁴⁷ Bu yargılama biçimi, "*crimen sine accusatore, sententia sine consilio, damnatio sine defensione*" yani "ithamsız suçlama, sorgusuz karar, savunmasız mahkûmiyet olmaz" kuralının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Schulz, Principles, **a.g.e.**, s. 206-207.

¹⁴⁸ Mousourakis, **a.g.e.**, s. 234.

¹⁴⁹ Hardy, **a.g.e.**, s. 9; Burdick, **a.g.e.**, s. 694.

¹⁵⁰ Hardy, **a.g.e.**, s. 24; Strachan Davidson, Vol. II., **a.g.e.**, s.113.

¹⁵¹ Cicero, Oratio, **a.g.e.**, s. 16; Burdick, **a.g.e.**, s. 694; Galsterer, **a.g.m.**, s. 402; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 233.

¹⁵² Tamer, **a.g.e.**, s. 133.

üyeler bir levha üzerine kararlarını bu harflerden birini işaretleyerek kullanır ve bu oylarını tahta bir kutunun içine herkesin görebileceği şekilde bırakırlardı. Mühür basılmaması ise kararsızlık anlamına gelirdi. Üyelerin tümü oylarını kullandıktan sonra, üyelere bir oyları yüksek sesle okuyarak sayardı. Okunan her oy kullanıldığı levha hâkimlerin elinde sırayla dolaştırılırdı¹⁵³.

Kararı tefhim eden mahkeme başkan idi ve beraat ya da mahkûmiyet şeklinde verilen bu karara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu bulunmazdı¹⁵⁴. Kararda ayrıca bir ceza miktarının açıklanmasına gerek yoktu. Zira mahkûmiyete karar verilmesi, daha önceden kanunla o suç için belirlenmiş cezanın uygulanmasını gerektirirdi¹⁵⁵.

2.1.2. Roma Medenî Usûl Hukukunda Hâkim (*Iudex*)

2.1.2.1. Niteliğinin Belirlenmesi

Roma'nın gelişim süreci içerisinde Krallık döneminde kral, Cumhuriyet döneminde *magistra* ve İmparatorluk dönemlerinde *princeps* veya imparator, her alanda olduğu gibi yargı işlerinde de en yetkili kişi veya makamlar olarak uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili kararlar alırlardı¹⁵⁶. Özel yargılama sistemi içerisinde hukuk davalarında karar verecek kişiler için kullanılan genel ifade *iudex*'dir ve yukarıda belirtilen kişi veya makamların her biri aynı zamanda *iudex* olarak nitelendirilirdi.

Ancak Roma'nın küçük bir şehir devletinden imparatorluğa doğru olan tarihsel gelişim sürecinde, sınırları genişlemiş ve dolayısıyla siyasi, idari ve toplumsal yapısı değişmiş, ihtiyaçlar farklılaşmış, nüfus ve uyuşmazlıkların sayısı artmıştır. Buna bağlı olarak bu kişi veya makamlar, diğer işlerinin yanında yargılama işleri ile ilgilenemeyecek duruma gelmişler ve yargılamayı kendi adlarına yapacak özel kişilere

¹⁵³ Strachan Davidson, Vol II., **a.g.e.**, s.114 vd; Robinson, **a.g.e.**, s. 6; Hardy, **a.g.e.**, s. 25; Burdick, **a.g.e.**, s. 694-695; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 234.

¹⁵⁴ Ancak *Lex Acilia*'da, verilen karara *magistra* başkanlık ettiği ve oy kullandığı için *provocatio* denilen yolla davalının itiraz hakkı kabul edilmiştir. Hardy, **a.g.e.**, s. 33.; Burdick, **a.g.e.**, s. 696; Daha ayrıntılı bilgi için bkz., Aşa. Bölüm 2., 1.4.1.

¹⁵⁵ Dig. 48.16.1.4.

¹⁵⁶ Declareuil, **a.g.e.**, s. 62.

bırakmışlardır. Bu durum otoritenin yargılama yetkisinin sınırlandırılmasını sağlayan demokratik bir adım olarak düşünülebilir.

Özel yargılama sisteminin ikinci aşaması olan *apud iudicem* aşamasında uyuşmazlıkla ilgili kararı özel kişi hâkimler verirdi ve bu kişiler *iudex* olarak adlandırılırdı. Ancak zamanla, *iudex* ifadesinin öncesinde veya sonrasında kullanılan ilave kelimelerle, *iudex* şeklindeki genel ifadenin kapsamı daraltılmıştır¹⁵⁷.

Genel bir ifade olmasına rağmen, *iudex* için bir tanım verilmesi oldukça güçtür. Zira bir tanımla aynı zamanda niteliği de belirlenmiş olacaktır. Ancak Roma hukukunda *iudex*'in gerçek anlamda bir hâkim olup olmadığı veya hakem ya da jüri olarak kabul edilip edilemeyeceği belirsiz bir konudur. Roma hukuku kaynaklarında, belirsizlik taşıyan bu konuya yeterince değinilmediği görülür¹⁵⁸. Modern hukukçuların eserlerinde de *iudex*'in niteliğinin tam olarak nasıl ifade edilebileceği ile ilgili olarak çok farklı görüşler vardır. Bu durum aynı zamanda konu ile ilgili bir uzlaşmaya varılamadığını göstermektedir¹⁵⁹. *Iudex*'in niteliği ile ilgili olarak yapılan tespitler, *iudex*'in gerçek anlamda bir hâkim, hakem veya jüri olarak kabul edilebilirliği üzerine yapılmaktadır. O halde *iudex*, gerçek anlamda bir hâkim midir yoksa hâkim gibi davranan özel bir kişi, hakem ya da jüri olarak mı nitelendirilebilir?

Iudex'in, modern hukukçuların eserlerinde resmi sıfatı olmayan özel kişi olarak davanın esası hakkında karar verecek tek kişilik bir jüri¹⁶⁰, resmi bir sığata sahip olmayan özel kişi¹⁶¹, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için başvuru lan ve belirli bir uzmanlığa sahip olmayan bir hakem¹⁶² veya sadece davanın hâkimi¹⁶³ şeklinde

¹⁵⁷ *Iudex appellationis, Iudex competens, iudex datus, iudex delagatus, iudex ordinarius, iudex pedaneus, iudex specialis* gibi özel ifadelerin kullanıldığı görülür. Berger, **a.g.e.**, s. 518-519.

¹⁵⁸ Martin T. Sigillito. "Unus Iudex in Roman Law and Roman Legal History," **St. Louis U. L.J.**, Vol. 33: 481-494, (1988-1989), s. 482 ve 484.

¹⁵⁹ **Aynı**, s. 484.

¹⁶⁰ Maximus A. Lesser, **The Historical Development of the Jury System** (Rochester/New York: The Lawyers' Cooperative Publishing, 1894), s.29; Buckland/McNair, **a.g.e.**, s. 402.

¹⁶¹ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 608.

¹⁶² Nicholas, **a.g.e.**, s. 24.

çeşitli nitelendirmelerinin yapıldığı görülür. Esasen özel bir hakem olduğu bununla birlikte hâkim olarak da kabul edilebileceği¹⁶⁴ veya bir hâkim ve aynı zamanda jüri üyesi olarak ifade edilebileceği de¹⁶⁵ modern Roma hukuku çalışmalarında yer almaktadır.

Iudex için yapılan tanımlarda, herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin niteliğinin belirtilmesi doğru bir yöntem değildir. Zira Romalıların, hukuk mantığı ve genel hukuk düşüncesi de dikkate alınarak, oluşturdıkları ve zaman içinde değişim gösteren hukuk sistemleri bir bütün olarak değerlendirildikten sonra *iudex*'in niteliğinin belirlenmesi daha doğru bir yöntemdir¹⁶⁶. Bu nedenle, Roma usûl hukuku içerisinde *iudex*'in niteliğinin belirlenmesinin önemli bir konu olduğunu ve Roma'nın hukuksal yapısı ve çeşitli dönemlerde geçerli olmuş farklı ideolojik yaklaşımları dikkate alınarak konunun incelenmesi gerektiğini belirtenler¹⁶⁷ ile herhangi bir temeli olmadan *iudex*'in niteliğini basit bir tanım içerisinde belirtenler¹⁶⁸ arasında nitelendirme yöntemi bakımından farklılıklar olduğu kolaylıkla anlaşılabılır.

Iudex'in gerçek anlamda hâkim, hakem veya jüri olarak veya bu belirtilenlerden birden fazlası olarak nitelenebilirliğini ortaya koymak için başvurulacak yollardan biri de günümüzde hâkim, hakem ve jüri kavramlarına verilen anlamları dikkate alarak karşılaştırma yapmaktır. Böyle bir karşılaştırma sonrasında dahi, Roma hukukunda *iudex*'in tek başına ve kesin bir biçimde hâkim, hakem veya jüri olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılır. Zira Roma hukukunda *iudex*, günümüzdeki anlamı ile hâkim, hakem veya jüriye özgü bazı özelliklere sahip iken bazı özellikleri ise taşımamaktadır¹⁶⁹.

¹⁶³ Crook, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁶⁴ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 102 ve 112.

¹⁶⁵ Peter Garnsey, **Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire** (Oxford: Clarendon Press, 1970), s. 92 ve 103.

¹⁶⁶ Sigillito, **a.g.m.**, s. 485.

¹⁶⁷ Schulz, Classical, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁶⁸ A. Watson, **The Law of the Ancient Romans** (Dallas: Southern Methodist University Press, 1970), s. 82.

¹⁶⁹ Sigillito, **a.g.m.**, s. 486.

Iudex'in niteliği ile ilgili olarak görüşümüz ise, *iudex*'in hâkim, hakem ve jüriye özgü bazı nitelikleri taşıyan, ancak bunlardan herhangi biri olarak nitelendirilemeyen, Romalıların hukuk dehasının bir örneğini oluşturan yargı organı olduğudur.

Bu konuda, hakem (*arbiter*) ve hâkim (*iudex*) ayrımının ayrıca açıklanmasında fayda vardır. Zira eski Roma hukuku metinlerinin büyük bir bölümünde yargılama yapanlar için bazen hakem (*arbiter*) kimi zaman ise hâkim (*iudex*) ifadesi kullanılırken, bazı metinlerde ise hakem veya hâkim ifadesi birlikte kullanılırdı.

2.1.2.2. Hakem (*Arbiter*) ve Hâkim (*Iudex*) Ayrımı

Roma özel hukukunda hakların korunması yollarının geçirdiği tarihsel gelişim sürecini, şahsi öç ilkesi, kısas sistemi¹⁷⁰, ihtiyari ve zorunlu tahkim ile devlet yargılaması şeklinde sıralamak mümkündür¹⁷¹. Bu gelişim süreci içerisinde ihtiyari tahkim ile birlikte hakların korunmasında, uyuşmazlığın tarafları dışında, üçüncü kişiler etkili olmaya başlamıştır¹⁷².

Tahkim usûlü, uyuşmazlığın çözümü için tarafların, üzerinde anlaştıkları, tarafsız ve âdil olacağına inandıkları üçüncü bir kimseye başvurmalarını ve hakem olarak adlandırılan bu kişinin uyuşmazlık konusu hakkında verdiği karara bağlı kalmalarını gerektiren bir çözüm yoludur¹⁷³. Bu usûlün Roma hukukunda ilk uygulanma biçimi olan ihtiyari tahkimde, tarafların hakeme başvurmaları ve başvursalar dahi hakemin verdiği karara uyup uymamaları tamamen kendi iradelerine bağlı idi. Zamanla devletin gücünün artmasına paralel olarak, kişiler arasındaki ilişkilere devletin müdahalesi de artmaya başlamış ve ihtiyari olan tahkim usûlü, zorunlu bir nitelik kazanmıştır. Tahkimin zorunlu olması, devletin, uyuşmazlığın taraflarını bu usûle

¹⁷⁰ “Kısas yani *talio* haksız bir fiile maruz kalmış kimsenin, faile aynı zararı verecek şekilde hareket etmesidir.” Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 208.

¹⁷¹ Erkan Küçükgüngör, “Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum),” **BATİDER**, Cilt no 19, Sayı no 3: 137-150, (1998), s. 137-138; Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 271-272; Kaser, **a.g.e.**, s. 330.

¹⁷² Küçükgüngör, **a.g.m.**, s. 137.

¹⁷³ Marko Petrak, “Arbitration as the Primary Form of Civil Proceedings? A Contribution to Criticism of the Schiedsgerichtstheorie,” **Croatian Arbitration Yearbook**, Vol. 11: 83-96, (2004), s. 85.

başvurmaya ve verilecek karara uymaya zorlamasından kaynaklanırdı. Cumhuriyet dönemi sonlarından itibaren ise *ex compromisso* adı ile gerçek ve teknik anlamda tahkim, Roma hukukunda yer almıştır. *Ex compromisso*'nun başlıca özelliği hakemin vereceği karara uyulmaması halinde bir miktar para cezasının taraflarca karşılıklı olarak *stipulatio* yolu ile taahhüt edilmesidir¹⁷⁴.

Tahkim usûlünün en eski uygulanış biçimi olan *bonus vir* basit, şekilsiz, gayri resmi niteliklere sahipti. *Bonus vir* uygulamasında, genellikle sözleşmeden doğan borç ilişkinin tarafları, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek üzere kararlaştırdıkları iyi bir Roma vatandaşına (*bonus vir*) başvururdu. Devletin doğrudan müdahil olmadığı bu ihtiyari tahkim türü, devlet yargılamasının kabulü sonrasında bir süre daha uygulanmıştır¹⁷⁵.

Daha sonra özel hâkim tarafından yapılan tahkim, zorunlu bir tahkim türü olarak Roma hukukunda yer almıştır. Bu tahkim türü, özel yargılama sistemi içinde ve bu sistemle birlikte uygulanmıştır. Bu dönemde, tahkim usûlünün, devlet yargılamasının içinde ve bu yargılamanın kurallarına tabi olarak uygulandığı düşünülebilir. Bireylerin uyuşmazlıkları devletin müdahalesi olmaksızın kendi aralarında çözmeleri, Roma hukukunda devletin yargılama sistemlerinin ortaya çıkmasından öncede görülürdü. Özel yargılama sisteminde, önce devlet adına *magistra*'nın daha sonra özel kişi hâkim veya hakemlerin yer alması, devletin yargılamasının birden bire kabul edilmediğini, devletin uyuşmazlıklara müdahalesinin kısmen olduğunu göstermektedir¹⁷⁶. O halde tarihsel olarak daha önce ortaya çıkan hakem yargılamasının devlet yargılamasını etkilediği görülmektedir. Örneğin, tahkim usûlünün *formula* sistemine uyarlanması sonucunda, uyuşmazlığın tespitinin yapıldığı taraflar arasındaki anlaşma olan *litis contestatio*'nun, tahkim anlaşması karakteri taşıdığı kanısı uyanmaktadır¹⁷⁷.

Hakların korunmasının tarihsel süreci dikkate alındığında, tahkimin devlet yargılamasından önce ortaya çıktığı ve bu nedenle *arbiter* denilen hakemin *iudex*

¹⁷⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations* (Oxford: Oxford University Press, 1996), s. 98.

¹⁷⁵ David Johnston, *Roman Law in Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), s. 99; Zimmerman, *a.g.e.*, s. 530.

¹⁷⁶ Petrak, *a.g.m.*, s. 85, dn. 8-10.

¹⁷⁷ Petrak, *a.g.m.*, s. 86vd.; Schwarz, *a.g.e.*, s. 291.

denilen hâkimden önce Roma hukukunda yer aldığı düşünülebilir. *Iudex* ifadesi belli durumlarda hakemi (*arbiter*) ifade etmek için kullanılırdı¹⁷⁸. Ancak metinlere bakıldığında uyuşmazlığı çözecek kişi için *iudex* veya *arbiter* ifadesinin kullanıldığı da görülmektedir. Buradan *iudex* ve *arbiter*'in farklı iki kişiye karşılık olarak kullanılan kelimeler olduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁹. Aralarındaki farklılıkları ortaya koymak, *iudex* ve *arbiter* ayrımını yapmayı kolaylaştıracaktır¹⁸⁰.

Iudex özel bir yargılama için hâkim olarak atanan, özel bir kişidir. Bu kişi *album iudicium* denilen listeden taraflarca seçilir ve *magistra* tarafından atanırdı. Özel, mesleki ve teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıklarda ise *magistra* tarafından, hâkim (*iudex*) yerine hakem (*arbiter*) atanırdı. Hakemin, malların veya mirasın paylaşımı, sınır tanzimi gibi belirli davalar için atandığı dikkate alındığında, bu tür davalarda hâkime göre teknik anlamda bilgisinin daha fazla olduğu anlaşılmaktadır¹⁸¹. Hâkimin uyuşmazlığın çözümünde yapmış olduğu başlıca faaliyet ise tarafların arasındaki uyuşmazlık konusu somut olayı hukuksal olarak değerlendirerek karar vermektir. Aralarındaki bir diğer önemli farklılık ise hakemin vereceği kararda kendisini sınırlayan *formula* gibi bir metnin bulunmamasıdır¹⁸². Ancak hâkim, *magistra*'nın hazırladığı talimatlara uygun olarak yargılama yapmak zorunda olduğundan takdir yetkisi sınırlandırılmıştı¹⁸³. Hakem, talep konusu üzerinde istediği arttırma ve eksiltmeleri yapabilirken (*incertae*) hâkimin vereceği karar mutlaka parasal bir miktar olup bu miktar ya belirliydi (*pecuniae certae*) ya da bir üst sınırı gösterirdi. Dolayısıyla hakemin vereceği karar tamamen onun takdirinde iken hâkimin kararını bağlayıcı kurallar bulunmaktaydı¹⁸⁴. Bu farklılık aynı zamanda hâkimin genel olarak hukuku, hakemin ise hakkaniyeti gözeterek

¹⁷⁸ Greenidge, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁷⁹ Cutler, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁸⁰ W. A. Hunter, **A Systematic and Historical Exposition of Roman Law In the Order of a Code**, (London: Sweet and Maxwell Ltd., 1920), s. 48.

¹⁸¹ Henry John Roby, **Roman Private Law in The Times of Cicero And of The Antonines Vol. II**, (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000), s. 319; Crook, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁸² Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁸³ Berger, **a.g.e.**, s. 365-366 ve 518.

¹⁸⁴ Peter Stein, "Roman Arbitration: An English Perspective," **Israel Law Review**, Vol. 29: 215-227, (1995), s. 216; Greenidge, **a.g.e.**, s. 39; Roby, **a.g.e.**, s. 318-319.

karar aldığı anlamına gelirdi¹⁸⁵.

Her ikisinde de ortak olan, karar veren kişiler olmalarıdır¹⁸⁶. O halde her ne kadar farklı nitelik ve fonksiyonlara sahip olsalar da, uyuşmazlığın türüne ve gereklerine göre hâkim veya hakem olarak atanan kişiler, karar vermekle aslında aynı görevi üstlenirlerdi. Ancak *arbiter*'e başvuru durumları kanunlarda belirtilmişken veya *magistra*'nın takdirinde *arbiter* tarafından görülmesine karar verilirken, *iudex*'e ise genel bir yargı organı olarak başvurulurdu¹⁸⁷. Hâkim haklı ve haksızın tespitini yaparken, hakem bir sınırı şu veya bu istikametten geçirmek, malın değerini tespit etmek gibi iktisadi, zirai ve teknik bazı ölçüleri göz önünde bulundurarak karar verirdi¹⁸⁸.

Özellikle *formula* sisteminde *iudex* ve *arbiter*'in nitelikleri birbirine yaklaşmıştı. Oniki Levha Kanunları gibi *iudex arbiterve* ifadesinin geçtiği metinler de dikkate alındığında, Roma hukukunda *iudex*'in geniş anlamıyla hem dar anlamda *iudex*'i hem de *arbiter*'i kapsadığı ve *arbiter*'in, *iudex*'in bir çeşidi olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁹. Dolayısıyla her *iudex*, *arbiter* değil ama her *arbiter* geniş anlamıyla *iudex*'tir. Hakem yargılamasının arandığı davaları görecekt kişilerin *iudex arbiterve* olarak ifade edilmesi, bu kişilerin hem hakem hem de hâkim olarak davayı görüp karara bağlayacağı anlamını taşırdı. Bu nedenle hakem yargılamasının arandığı davalarda atanan bu kişilere, dar anlamda *iudex*'in gördüğü davalarla kıyaslandığında daha çok görev düşerdi¹⁹⁰.

Tahkimin devlet yargılaması içinde görülen bir usûl olarak değil ayrı bir yargılama türü olarak kabul edilmesi M.Ö. 2. yüzyılın başlarında gerçekleşmiştir¹⁹¹. Bu

¹⁸⁵ Greenidge, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁸⁶ Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 48; Stein, **a.g.m.**, s. 217.

¹⁸⁷ Cutler, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁸⁸ Umur, *Hakların Himayesi*, **a.g.e.**, s. 204.

¹⁸⁹ Roby, **a.g.e.**, s. 318.

¹⁹⁰ “Genellikle biri diğerinin yerine kullanılmakla birlikte, *arbiter*'in gördüğü davalar *arbitrium*, *iudex*'in gördüğü davalar ise *iudicium* olarak adlandırılırdı.” Umur, *Hakların Himayesi*, **a.g.e.**, s. 205.

¹⁹¹ Adâlet hizmetlerini etkili ve hızlı bir biçimde verebilmek için uyuşmazlıkların mahkemeye gelmeden önce çözülmesini sağlayan usûllerin bulunması gerekmektedir. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak adlandırılan bu usûller, uyuşmazlıkların seri ve ucuz bir biçimde çözülmesini sağladığı gibi

dönemde *ex compromisso* olarak adlandırılan tahkim usûlü, gerçek anlamda bir tahkimdir. Artık *iudex arbiterve* gibi ifadelerin kullanımına son verilmiştir. Bu yüzyıldan sonra tahkim yargılamasını yapan kişi sadece *arbiter* olarak ifade edilmiştir¹⁹².

2.1.2.3. Hâkim Olabilmek İçin Aranılan Özellikler

Roma hukukunda hâkimlik görevini yerine getirecek olan özel kişilerin belli özellikleri taşıması gerekirdi. Ancak, M.Ö. 1. yüzyıla kadar kimlerin hâkim olabileceği konusunda kesin bir kaynak veya kanun hükmü bulunmadığından, *magistra*’ların bu konuda uyguladıkları kuralların, geçerli kurallar olduğu kabul edilirdi¹⁹³. Uygulamada hâkim, toplumda belirli bir konuma gelmiş olan, hukukçu ve *sui iuris* olmaları gerekmeyen, ancak köle, kadın ve yirmi beş yaşından¹⁹⁴ küçük altmış yaşından büyük olmayan, özgür doğmuş Roma vatandaşları arasından uyuşmazlığı çözecek olan özel kişi olarak seçilirdi. Bu kişilerin aynı zamanda sağır (*surdi*), dilsiz (*muti*) ve akıl hastası (*furiosi*) olmamak gibi bazı fiziksel ve zihinsel engellerinin bulunmaması da aranırdı¹⁹⁵. Ayrıca M.Ö. 122 yılında, *Lex Acilia Repetundarum* adlı kanun gereğince mahkûm

uyuşmazlıkların çözümüne toplumun katılımını artırır. Türk yargısının ağır iş yükünü hafifletmek için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları daha fazla kullanılmalı ve bireyler mahkeme yargılamasının dışında adâlete erişim konusunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak için teşvik edilmelidir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’ne bakıldığında, mahkeme öncesinde alternatif çözüm yolları ile uyuşmazlıkların yaklaşık %90 oranında çözüldüğü ve bireylerin bu yollara başvurma bilincine sahip oldukları görülmektedir. Uygulamada en sık kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tahkim, müzakere ve arabuluculuktur. Roma usûl hukukunun gelişim süreci içerisinde tahkim, devlet yargılamasından önce ortaya çıkmıştır ve bu süreç içerisinde değişime uğramış olsa dahi Roma hukukunda her dönem uygulanan ve sıklıkla başvurulanan bir alternatif yargı yolu olarak kabul edilmiştir. Türk hukuku ile kıyaslandığında mahkeme dışı yollardan biri olan tahkim yolu ile uyuşmazlıkların çözümüne Roma hukukunda daha sık başvurulduğu belirlemesini yapmak mümkündür. Mustafa Özbek, “Dünya Çapındaki Adâlete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,” *AÜHFD*, Cilt no 51, Sayı no 2: 121-162, (2002), s. 137-139.

¹⁹² Kelly, *Civil Judicature*, **a.g.e.**, s. 119; Stein, **a.g.m.**, s. 219.

¹⁹³ Karadeniz Çelebican, *Tarihi Giriş*, **a.g.e.**, s. 285.

¹⁹⁴ Augustus döneminden sonra yirmi beş, öncesinde ise otuz yaşından küçük olanların hâkim olamayacağı kuralı geçerli idi. Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 46; Galsterer, **a.g.m.**, s. 400.

¹⁹⁵ Berger, **a.g.e.**, s. 518; Kaser, **a.g.e.**, s. 342.

edilmiş bir kimsenin herhangi bir mahkemede hâkim olarak davalara bakması da yasaklanmıştır¹⁹⁶.

Hâkim olarak atanmayı engelleyen durumların Paulus’a ait aşağıda yer alan metinde ifade edildiği görülür.

Dig. 5.1.12.2

Paulus 17 ad ed.

“Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. natura, ut surdus mutus: et perpetuo furiosus et impubes, quia iudicio carent. lege impeditur, qui senatu motus est. moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.”

Dig. 5.1.12.2

Paulus 17 ad ed.

“Atamaya yetkili bu kişiler tarafından fark gözetilmeksizin herkes hâkim olarak atanamaz. Bazıları için hâkim olabilmek, kanunla veya doğal nedenlerle veya örf ve âdet tarafından engellenmiştir. Örneğin, sağır ve dilsizler, sürekli akıl hastalığı olanlar ve küçükler, doğal olarak yargılama yapamazlar. Senato’dan ihraç edilen bir kimsenin yargılama yapması kanunla engellenmiştir. Kadınlar ve köleler ise yargılama yetileri olmadığından değil, örf ve âdet gereği toplumsal görevleri yerine getiremeyecekleri kabul edildiği için yargılama yapamazlar.”

M.S. 74 yıllarında çıkarılan *Lex Irnitana* adlı kanunla Roma usûl hukuku

¹⁹⁶ Hardy, **a.g.e.**, s. 15.

alanında önemli düzenlemeler yapılmıştır¹⁹⁷. *Magistra*’ların yargısal faaliyetleri ve mahkemeler gibi usûl hukukunu ilgilendiren birçok temel kavram ve organla ilgili bu yeni düzenlemelerde hâkim olabilecek kişilerin ayrıca belirli bir malvarlığına sahip olması ve en az beşbin sesterz¹⁹⁸ değerinde bir malvarlığını kontrol ediyor olması aranmıştır¹⁹⁹.

M.Ö. 1. yüzyılın başlarından itibaren, seçilecek hâkimlerin kimler olabileceği, *album iudicum* denilen liste ile düzenlenmiştir²⁰⁰. Beyaz bir levha üzerine her yıl yenilenmek üzere isimleri yazılan hâkim olabilecekler listesini ilk zamanlar *consul* hazırlarken, daha sonra *censor* ve *praetor urbanus*’lar²⁰¹ hazırlamışlardır²⁰². Hâkim olabilecekler listesinde farklı dönemlerde farklı sayıda hâkimin yer aldığı görülmüştür. Bu listede toplumun üst sınıfından olanlar ve özellikle senatörler yer alırdı²⁰³.

M.Ö. 122 yılında dört yüz elli hâkim, *Lex Acilia* adlı kanuna uygun olarak

¹⁹⁷ Bu kanun 1981 yılında İspanya’da keşfedilmiştir. Bu nedenle uzun yıllar boyunca üzerinde çalışılan ve yorumlanan bir kanun olmamakla birlikte, M.S. 1. yüzyıl ve sonrası Roma usûl hukukunu aydınlatan önemli bir kaynaktır. David Johnston, “Three Thoughts on Roman Private Law and the Lex Irnitana,” **The Journal of Roman Studies**, Vol. 77: 62-77, (1987), s. 62.

¹⁹⁸ Latince *sestertius* olarak yazılan Roma para birimidir.

¹⁹⁹ Alan Rodger, “The Lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts,” **The Journal of Roman Studies**, Vol. 81: 74-90, (1991), s. 74; Meral Sungurtekin Özkan ve Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), s. 23.

²⁰⁰ “Roma hukukunda *album*, aynı zamanda *praetor*’ların *edictum*’larını yayınladıkları levhayı ifade etmek için *album pretoris* ve senato üyelerinin isimlerinin yer aldığı *album senatoris* şeklinde çeşitli ifadelerle birlikte kullanılmıştır. *Album*’un, üzerine yazı yazılan ve kamuya açık olan alanlarda herkesin görebileceği yerde bulunan bir levha olduğu bilinmektedir. Ancak birçok yazar bu levhanın beyaz renkte olduğunu belirtirken kimi yazarlar ise levhanın renginin değil, yazıların renginin beyaz olduğunu belirtir. *Album*’da yazılı olanları kasıtlı olarak değiştiren ya da silenlere karşı *actio de albo corrupto* adı verilen ve ağır cezalar gerektiren bir dava açılırdı. Bu davranışın Roma hukukunda Cumhuriyet dönemi sonları itibarı ile kabul edilmiş bir haksız fiil olduğu belirtilmekle beraber bunu kesin bir biçimde destekleyen deliller bulunmamaktadır.” Dig. 2.1.7pr.; Alan Watson, **The Law of Obligation in the Later Roman Republic** (Oxford: Clarendon Press, 1965), s. 271; William Smith, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities** (Boston: Little, Brown and Company, 1859), s. 74; Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 636.

²⁰¹ Bkz., Aşa., Bölüm 2., 1.1.

²⁰² Berger, **a.g.e.**, s. 359.

²⁰³ Kaser, **a.g.e.**, s. 343; Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 102.

magistra tarafından isimleri söylendiği takdirde kamusal alanda yemin etmeleri sonrası listede yer almışlardır. Listede yer alan hâkimlerin baba ve sınıf adı gibi bilgileri de belirtilirdi. Bu levha daha sonra herkesin kolaylıkla görebileceği bir yere konulurdu²⁰⁴. Hâkim listesinde yer alabileceklerin sayısı daha sonra *Lex Livia* ile altı yüz, *Lex Plautia* ile beş yüz yirmi beş, Cicero zamanında sekiz yüz elli olarak değişmiştir²⁰⁵. M.Ö. 17 yılında ise imparator Augustus²⁰⁶, bu listeyi sadece imparatorların düzenleyeceği kuralını getirmiştir²⁰⁷.

İlk zamanlarda Roma hukukunun üzerinde dinsel kuralların etkili olmasından dolayı, hâkimler, rahip hukukçular arasından seçilirdi. Zamanla dinin, hukuk üzerindeki etkisinin azalması ve hukukçuluğun rahiplerin tekelinden çıkması sonucunda *senatus* ve şövalye sınıfından olanların hâkim olarak seçilebilecekleri kuralı yerleşmiştir²⁰⁸.

Equites denilen ve ordunun atlı sınıfını oluşturan şövalyeler, Cumhuriyet

²⁰⁴ Hardy, **a.g.e.**, s. 15-16.

²⁰⁵ John Thomas Abdy, **A Historical Sketch of Civil Procedure Among Romans** (New York, William S. Hein & Co., Inc., 2004), s.64; Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 46.

²⁰⁶ Augustus, 23 Eylül M.Ö. 63 – 19 Ağustos M.S. 14 yılları arasında yaşamış, amcası Caesar (Sezar) tarafından evlat edinilmiş ve M.Ö. 27 - M.S. 14 yılları arasında hüküm sürmüş Roma İmparatorluğu'nun ilk imparatoru olan kişidir. Atlan, **a.g.e.**, s. 179.

²⁰⁷ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 285.

²⁰⁸ “Roma şehri kurulduktan sonra ilk kralı Romulus olmuştur. Bu dönemden itibaren halk *patricius* ve *pleb* olarak ikiye ayrılmıştır ve bu sınıf farklılıkları Roma hukukunda da etkisini göstermiştir. *Patricius*’lar tam hukuklu, *pleb*’ler ise az hukuklu olarak ifade edilirdi. *Patricius*’lar seçme, seçilme, evlenme, ticaret yapma gibi hakların hepsine tam olarak sahiplerdi. Devlet idaresinde de söz sahibi olun bu kimseler büyük toprak sahipleri idi. *Pleb*’ler, Roma’da yaşayan küçük toprak sahibi veya ticaret ve sanat gibi işlerle uğraşan vatandaşlardı. Memur olarak seçilemezler, *patricius*’larla evlenemezler ve ticaret yapamazlardı. Ayrıca silah taşıma hakları olmadığından, asker olarak orduya alınmazlardı. Tüm bu sınıf farklılıkları dikkate alındığında, hâkim olabilecek kişiler arasında da çeşitli sınıf farklılıklarının bulunmasının Roma toplumunun yapısına uygun, kabul edilebilir bir düzenleme olduğunu düşünmek gerekir.” Atlan, **a.g.e.**, s. 17; Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Medenî Usûl Hukukunda Formula Yargılaması,” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt no 7, Sayı no 1: 167-212, (2005), s. 185, dn. 60

dönemi sonlarından itibaren seçkin bir sınıf şeklini almışlardı²⁰⁹. Gaius Gracchus²¹⁰, kendi zamanına kadar genellikle senatör sınıfından olan Romalı idarecilerin aynı sınıftan kişilerce yargılanması ile hâkimlerin siyasi olarak etki altında kalabileceği düşünmüş, M.Ö. 123 yılında yürürlüğe giren *Lex Sempronia* adlı kanunla yargılamaya ilişkin yeni kurallar getirmiştir²¹¹. Bu kanunla hâkimlerin üzerindeki siyasi etkiyi azaltmak için çözüm olarak, şövalye sınıfından olanların da hâkim olarak seçilebilecek kişilerden olabileceği kabul edilmiştir²¹². Böylelikle hâkim olabilecekler için sınıf sınırlandırması genişletilmiş ve o zamana kadar senatörlerin yargılama yetkisi bakımından sahip oldukları tekelci duruma son verilerek, ilk defa siyasi niteliği olmayan bir sınıfa ayrıcalık tanınmıştır²¹³. Bu çözüm yolu aynı zamanda yargılama sonunda karar verecek olan kişilerin toplumun üst sınıfları arasından eşit olarak belirlenmesini ve böylelikle toplum içinde üst sınıftan kimseler arasında bir çekişme olmamasını sağlamıştır²¹⁴.

²⁰⁹ M.Ö. 122 yılında *Lex Sempronia Iudiciaria* adlı bir kanun çıkarılmıştır ve bu kanunla hâkim olabilecek kişilerin şövalye sınıfından olan kişiler arasından seçilmesi amaçlanmıştır. Nasmith, **a.g.e.**, s. 59.

²¹⁰ Gaius Gracchus'un takip etmiş olduğu genel siyaset ve getirdiği yeniliklerle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz., Theodor Mommsen, **The History of Rome, Vol. III**. Çev. William P. Dickson (London: William Clowes and Sons, 1863), s.101-131.

²¹¹ Bu kanun ile soruşturma yöntemi ve delillerin ileri sürülmesi gibi konularda yeni düzenlemeler getirilerek, *magistra*'ların ceza davalarındaki yetkilerinin ve etkililiğinin azalmasını sağlamıştır. H. F. Jolowicz, **Historical Introduction to the Study of Roman Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 1952) s. 329; Burdick, **a.g.e.**, s. 689.

²¹² M. I. Henderson, "The Establishment of the Equester Ordo," **The Journal of Roman Studies**, Vol. 53, No. 1-2: 61-72, (1963), s. 71; Hunter, Systematic and Historical, s. 44; Mommsen, **a.g.e.**, s. 114-116.

²¹³ Bu reform ile birlikte yargılamada siyasetin etkisi artık azalmaya başlamış ve özellikle eyalet valilileri gibi çeşitli makamlara sahip olan kişilerin kötü yönetimleri sonucu ayrıcalıklı olarak değil, gereği gibi yargılanmalarının önü açılmıştır. Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 44-45.

²¹⁴ İlk zamanlar rahipler tarafından yerine getirilen yargılama faaliyetlerinin, hukukun laik bir nitelik kazanması sonucunda *senatus* ve *equites* sınıfı üyelerine tarafından yerine getirilmesi ve hâkim listesinde yer alabilecek kişilerin *magistra*'lar ve daha sonra imparatorlar tarafından belirlenmesi siyasetin Roma yargılaması üzerinde etkili olduğunu ve bu anlamda yargının bağımsızlığından söz edilemeyeceğini gösterirdi. Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 45; John P. Dawson, **A History of Lay Judges** (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999), s. 16-17; Jolowicz/ Nicholas, **a.g.e.**, s. 344; Mommsen, **a.g.e.**, s. 117.

Gracchus'un öldürülmesinden sonra²¹⁵, üst sınıflar arasında bir çatışma meydana gelmiştir²¹⁶. Hâkim olabilecek kişilerin belirlenmesi konusunda senatörler değişiklik yapmak isteyince, Gracchus'un yargılama yetkisi sağladığı şövalyeler bu değişikliklerle tehdit edildiği için, çıkarlarını ve toplum içindeki konumlarını koruma düşüncesi ile çeşitli şiddet ve cinayet olaylarına karışmışlardır. Sonuç olarak, şövalyelerin yargılamada hâkim olarak seçilebilmeleri, senatörlerin çabalarına rağmen devam etmiştir²¹⁷.

M.Ö. 81 yılında Sulla²¹⁸, *Lex Cornelia* ile yargılama tekeli yeniden senatörlere bırakmış ancak M.Ö. 70 yılında *Lex Aurelia* ile hâkim listesinde yer alabileceklerin toplumun üç üst sınıfı arasında eşit sayıda olabileceği düzenlenmiştir²¹⁹. Roma Cumhuriyet dönemi sonlarında senatör, şövalye ve *tribuni aerarii*²²⁰ sınıflarının her birinden üç yüz olmak üzere toplamda dokuz yüz isim, *praetor urbanus* tarafından hazırlanan ve bir yıl geçerlilik taşıyan hâkim listesinde yer almıştır²²¹. Caesar döneminde²²² ise *tribuni aerarii* sınıfı, hâkimler listesinden kaldırılmıştır ancak

²¹⁵ Gracchus'un öldürülmesinden sonraki dönemde senatörler daha önce sahip oldukları ayrıcalıklı durumu yeniden kazanmak için mücadele etmişlerdir. M.Ö. 123 yılında *Lex Acilia*, M.Ö. 111 yılında *Lex Servilia* ve M.Ö. 91 yılında *Lex Livia* ile şövalyelerin hâkim olarak seçilebilecek kişilerden olması durumu devam etmiştir. M.Ö. 81 yılında ise *Lex Cornelia* ile senatörler yeniden yargılama tekeli elde etmişlerdir. Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 45.

²¹⁶ Kaser, **a.g.e.**, s. 343.

²¹⁷ Miriam T. Griffin, "The Leges Iudicariae of the Pre-Sullan Era," **The Classical Quarterly**, Vol. 23., No. 1: 108-126, (1973), s. 111-115; Mommsen, **a.g.e.**, s. 135-138.

²¹⁸ M.Ö. 138-M.Ö. 78 yılları arasında yaşamış olan Roma genarali ve diktatörüdür. Yaşamı, diktatörlüğü ve faaliyetleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Atlan, **a.g.e.**, s. 124-134.

²¹⁹ E. Stuart Staveley, "Iudex Selectus," **Rheinisches Museum für Philologie**, Vol. 96: 201-213, (1953), s. 210; Strachan Davidson, Vol. II., **a.g.e.**, s. 75; Smith, **a.g.e.**, s. 650; Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 45; Cicero, Oratio, **a.g.e.**, s. 16.

²²⁰ *Tribuni aerarii*, hazine tribünleri olarak da adlandırılan mali konularda görevli kişilerdir. M.Ö. 55 yılında *Lex Pompeia* ile *tribuni aerarii* sınıfından olanların hâkim olarak seçilebilmeleri için ayrıca malvarlığı kriteri getirilmiştir. Berger, **a.g.e.**, s. 558.

²²¹ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 636.

²²² Gaius Julius Caesar, 13 Temmuz M.Ö. 100 - 15 Mart M.Ö. 44 tarihleri arasında yaşamış, Roma genarali ve siyasi lideridir. Aynı zamanda iyi bir hatip ve yazar olan Caesar, dünya tarihinin en etkili insanlarından birisi olarak kabul edilir. Yapmış olduğu faaliyetleri sonucunda Roma Cumhuriyeti'nin

Augustus döneminde yeniden listede yer almışlardır²²³.

Augustus, *Lex Aurelia* ile hâkim olabilecekler arasına yeni bir sınıf daha eklemiştir. İtalya'da yaşayan, Roma vatandaşı ve en az 200 sesterz değerinde malvarlığına sahip olan bu sınıf *ducenarii* olarak adlandırılırdı²²⁴. Ancak bu kişiler daha basit davalar için seçilebilirlerdi²²⁵. Augustus bu kişileri hâkim listesine dâhil ederek, ilk üç sınıftan olanların hâkim olabileceği davaları ve dolayısıyla yükümlülüklerini hafifletmek istemiştir²²⁶.

Caligula²²⁷ zamanında bu listeye beşinci bir sınıf daha eklenmiş ve Augustus döneminde listede yer alanların sayısı dört bin iken bu dönemde beş bin olmuştur²²⁸. Listenin bu şekilde genişlemesine ve sayının artmasına rağmen üst sınıftan kişilerin hâkim olarak seçilebileceği kuralı devam etmiştir²²⁹. İlk üç sınıf daha sonra eklenen iki sınıfa göre ayrıcalıklı ve üstün kabul edilmiştir²³⁰.

Kanımızca, bu dönemde her ne kadar özel kişiler olarak davayı görseler de, Roma yargısının temelini oluşturan hâkim statüsüne sahip olabilecek bu kişilerin

Roma İmparatorluğu'na dönüşmesinde kritik bir rol oynamıştır. Yaşamı, diktatörlüğü ve faaliyetleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Atlan, **a.g.e.**, s. 134-176.

²²³ A. H. M. Jones, "The Elections Under Augustus," **The Journal of Roman Studies**, Vol. 45, No. 1-2: 9-21, (1955), s. 15; Staveley, **a.g.m.**, s. 206; Henderson, **a.g.m.**, s. 64-65; Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 45; Declareuil, **a.g.e.**, s. 72.

²²⁴ Burdick, **a.g.e.**, s. 689; Galsterer, **a.g.m.**, s. 400.

²²⁵ Staveley, **a.g.m.**, s. 204-205; Smith, **a.g.e.**, s. 439.

²²⁶ Jones, **a.g.m.**, s. 15-16; Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 45.

²²⁷ Asıl adı, Gaius Julius Caesar Augustus Germanicus olan ve daha çok Caligula takma adı ile bilinen, M.S. 37-41 yılları arasında görev yapmış Roma İmparatorluğu'nun üçüncü imparatorudur. Bkz. <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/89691/Caligula>> (Erişim Tarihi: 15.04.2009)

²²⁸ Roma hukukunda bu listede yer alacakların sayısının, çıkarılan yeni kanunlarla birlikte sırası ile 300, 360, 450, 850, 4000 ve 5000 olduğu bilinmektedir. Smith, **a.g.e.**, s. 650; Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 46; Declareuil, **a.g.e.**, s. 73; Burdick, **a.g.e.**, s. 690; Staveley, **a.g.m.**, s. 205; Henderson, **a.g.m.**, s. 68; Jones, **a.g.m.**, s. 16.

²²⁹ Henderson'ın makalesinin sonunda bu sayılar ek bir tablo ile yer almaktadır. Henderson, **a.g.m.**, s. 72.

²³⁰ Peter Birks, "New Light on The Roman Legal System: The Appointment of Judges," **Cambridge Law Journal**, Vol. 47, No. 1: 36-60, (1988), 52-53; Staveley, **a.g.m.**, s. 207-210; Henderson, **a.g.m.**, s. 68-69; Jones, **a.g.m.**, s. 16.

ağırlıklı olarak senatör, *tribuni aerarii* ve *equites* gibi siyasi ve kamusal alanda devlet hizmeti gören kişiler olması, Roma yargısında devlete bağlılık anlamında devletçiliğin egemen olduğunu göstermektedir. Yargılama sırasında hukukun üstünlüğü ile devletin üstünlüğü karşı karşıya geldiğinde ve ikisi arasında bir tercih yapma zorunluluğu olduğu takdirde, devlet adına görev yapan ve devletten aldıkları yetkiyle ayrıca hâkimlik görevi üstlenen ve siyasi kaygılar taşıyan veya menfaat beklentisi içinde olan kişilerin devletin üstünlüğünü hukukun üstünlüğüne tercih etmeleri söz konusu olabilecektir. Yargı organlarının, devlete bağlılığı bir prensip haline getirmesi ve bunu aşırı bir biçimde uygulaması, Roma yargısının bağımsız olduğunu değil, tam tersine bağımlılığını ifade eder²³¹.

2.1.2.4. Hâkimlerin Seçilmesi

Roma toplumunda yargılama sistemi ve yapısını çeşitli faktörler belirlemiştir. Örf ve âdet ile hukukun diğer kaynakları, uyuşmazlık çeşitleri, tarafların başvurabileceği alternatif çözüm yollarının bulunması ve mevcut hukuk kuralları ile idari ve siyasi organların tercihleri, Roma usûl hukuku üzerinde etkili olmuş başlıca faktörlerdir²³². Bu faktörlerin bir yansıması olarak Roma usûl hukuku, çağdaş usûl hukuklarından farklı özelliklere sahip olmuştur. Roma usûl hukukunun farklı bir özelliği de, mahkemede yer alacak hâkim veya hâkimlerin, davanın taraflarınca

²³¹ Türk hukukunda, Anayasa'nın 140. maddesinin başlığı "Hâkimlik ve Savcılık Mesleği"dir. Aynı maddenin ikinci fıkrası "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler" şeklinde belirtmektedir. Yine aynı maddenin altıncı fıkrasında "Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adâlet Bakanlığı'na bağlıdırlar." şeklinde belirtilmiştir. Hâkimin bağımsız olması, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat verememesini, tavsiye ve telkinde bulunamamasını ifade eder. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yargının, yasama ve yürütmeden bağımsız olmasının bir sonucudur. Hâkimin, adâletin sağlanması görevini gereği gibi yapabilmesi için bu kural getirilmiştir. İdari görevleri yönünden Adâlet Bakanlığı'na bağlı olmaları ise hâkimin görevi ile ilgili olmayan idari konularla ilgilidir. Ancak idari yönden hâkimlerin baskı altında olması, hâkimin bağımsızlığı prensibine gölge düşmesi ihtimalini doğurur. Nur Centel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı İle Tarafsızlığı ve Türk Hukuku," **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan** (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), s. 45, 51 ve 52; Serap Keskin, "Yargıç Bağımsızlığı," **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan** (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), s. 129-130 ve 135-141.

²³² Dawson, **a.g.e.**, s. 1.

belirlenerek yargılamaya toplumun yakınlaştırılması²³³ ve yargılamanın üzerinde kısmen de olsa bir çeşit sosyal denetim mekanizmasının var olmasıdır.

Roma hukukunda hâkimin seçimi ve ataması iki farklı işlem olarak kabul edilirdi. Hâkimi atayanın *magistra* olduğu kesindir. Seçim ise, atamadan önce taraflarca yapılan bir işlemdi²³⁴. Seçim işleminde *sortitio* adı verilen kura yolu ile hâkimin belirlenmesi genel yöntem olarak uygulanmıştır²³⁵. Bunun dışında *Lex Plautia* ile özellikle ceza mahkemesi hâkimlerinin belirlenmesinde alternatif bir yöntem olarak *editio* ile seçim işlemi yapılırdı²³⁶.

Taraflar davayı görececek olan hâkimi *album iudicium*'dan *sortitio* yani kura yolu ile seçebilecekleri gibi listede ismi olmayan bir kişi üzerinde de anlaşılabirlerdi²³⁷. Ayrıca alternatif bir yol olarak *editio* yolu ile yani taraflardan birisinin, diğer taraf kabul edinceye kadar bu listeden isim teklifinde bulunması şeklinde gerçekleşirdi²³⁸. Roma'da çeşitli mahkemeler içinde görev yapan her hâkimin *album iudicium*'dan seçilmiş olması kuralı yerleşince M.Ö. 1. yüzyıldan itibaren tüm yargı sistemi içinde hâkimlerin seçimi yeknesak bir biçimde uygulanmaya başlamıştır²³⁹. Listedten seçim yapılmaz yahut listede olmayan bir kişi üzerinde taraflar uzlaşma sağlayamazlarsa,

²³³ Aynı, s. 1.

²³⁴ Roma hukuku metinlerinden hareketle, çeşitli davalarda hâkim olarak görev yapmak üzere seçilen kişilerin örnekleme yoluyla (18 örnekle) belirtildiği bir eser için bkz. Paul Collinet, "Klasik Roma Hukukunun Teşekkülünde Hususi Hâkimlerin Oynadıkları Rol," Çev. Edip Serdengeçti, **Capitolium-Roma Hukuku ve Tarihi Mecmuası**, Cilt no 2, Sayı no 3-4: 251-261, (1935), s. 254-255.

²³⁵ Kaser, **a.g.e.**, s. 342.

²³⁶ Andrew Lintott, **Judicial Reform and Land Reform in the Roman Republic** (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), s. 94; Berger, **a.g.e.**, s. 450; Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 47; Cicero, *Oratio*, **a.g.e.**, s. 317; Harries, **a.g.e.**, s. 102.

²³⁷ Hukuk davaları ile ceza davaları hâkimlerinin seçilmesi işleminin M.Ö. 123 yılından Augustus dönemine kadar aynı şekilde olup olmadığı kesin olarak söylenemez. Ancak hukuk davaları bakımından tarafların liste dışından hâkim seçebildikleri kesindir. Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 46-47; Aksi görüş için bkz. Burdick, **a.g.e.**, s. 689.

²³⁸ P.A. Brunt, **The Fall of Roman Republic and Related Essays** (Oxford: Oxford University Press, 1988), s. 227-228; Phillimore, **a.g.e.**, s. 21; Strachan Davidson, Vol. II., **a.g.e.**, s. 97-111.

²³⁹ Griffin, **a.g.m.**, s. 109.

listede yer alan son isim üzerinde anlaştıkları kabul edilirdi²⁴⁰. Daha sonraki dönemlerde ise *sortitio* yöntemi ile hâkimin seçimi konusunda tarafların uzlaşmamaları durumunda *magistra*, kura yolu ile hâkimi belirlemiştir²⁴¹.

İlk imparatorluk döneminde de listeden seçim işlemi devam etmiş fakat bir süre sonra imparator, hukuku tekeline geçirince M.S. 3. yüzyılda listeden hâkim seçilmesi işlemine son verilmiştir²⁴².

Dig. 5.1.2pr.

Ulpianus 3 ad ed.

“Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiant. ceterum si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurdictio: error enim litigatorum, ut iulianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum.”

Dig. 5.1.2pr.

Ulpianus 3 ad ed.

“Uzlaşma, belirli bir hâkimin yargılamasına tabi olmadıklarını bilen tarafların, yargılamayı yürütecek olan hâkim üzerinde anlaşmaları olarak ifade edilir. Ancak taraflar, belirli bir hâkimin yargılamasına tabi olduklarını düşünerek, bu hâkimin yargılamasına rıza göstermişlerse, sadece bu nedenden ötürü bu hâkim yargılama yetkisine sahip olmayacaktır. Zira (Julianus’un Digesta’nın birinci kitabında belirttiği gibi) tarafların hataya düşmesi durumunda bir uzlaşma olmaz.”

²⁴⁰ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 286.

²⁴¹ Cicero, Oratio, **a.g.e.**, s. 316.

²⁴² Harries, **a.g.e.**, s. 102; Dawson, **a.g.e.**, s. 30., dn. 42; Ayrıca bkz. Dig.5.1.47.

Dig. 5.1.2.1

Ulpianus 3 ad ed.

“Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? lex iulia iudiciorum ait " quo minus inter privatos conveniat”: sufficit ergo privatorum consensus. proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.”

Dig. 5.1.2.1

Ulpianus 3 ad ed.

“Uzlaşma ile ilgili olarak, sadece özel kişilerin kendi aralarında uzlaşmaları yeterli midir ya da ayrıca *praetor*’un rıza göstermesi gerekli midir? *Lex Julia*’da yargılama ile ilgili ‘özel kişiler arasındaki uzlaşmayı önlemek amacıyla’ ifadesi yer alır: özel kişilerin uzlaşmaları yeterlidir. Özel kişiler uzlaşmaya varmışlarsa ve *praetor* bu durumdan haberdar değilse ve onun yargılama yetkisine sahip olduğunu düşünürse, kanunun aradığı diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin dikkate alınması gerekmez: ve bana göre üzerinde uzlaşılan bu kişi yargılama yetkisine sahip olacaktır.”

Yukarıda yer alan metinler, her ne kadar hâkimin seçilmesi yöntemi ile ilgili bir bilgi içermese de, seçim işleminin tarafların uzlaşmaları ile gerçekleştiğini belirtmektedir. Ayrıca seçim işlemi sırasında *magistra*’nın uzlaşmayı onaylama gibi bir fonksiyonunun olmadığı, seçim işleminin sadece davanın özel kişi tarafları arasında gerçekleşen bir uzlaşma ile tamamlandığı anlaşılmaktadır.

Aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak olan hâkimi tarafların seçmesi ile birlikte taraflar ve hâkim arasında başkasına ait bir işin ücretsiz olarak yürütülmesi konusunda yapılmış bir vekâlet sözleşmesinden doğan vekâlet ilişkisinin ortaya çıktığı

düşünülebilir. Ancak Roma hukukunda doğrudan temsil kurumu kabul edilmemiştir²⁴³. Kabul edilmiş olsa idi, hâkim tarafından gerçekleştirilecek olan yargılamanın hukukî sonuçları öncelikle hâkimin hâkimiyet alanında doğardı. Bu durum “hiç kimse kendi davasının hâkimi olamaz” (*nemo iudex in sua causa*) kuralına ters düşerdi. Bu nedenle taraflar ve hâkim arasında bir vekâlet ilişkisinden söz edilemez²⁴⁴.

Kanımızca, Roma özel yargılama sisteminde, hâkimlerin seçiminin taraflarca yapılması yargının denetimi anlamında olumlu bir uygulamadır. Bu uygulama, yargının dışsal denetim yollarından biri olarak kabul edilebilir²⁴⁵. Yargının dışsal denetimi, hâkimin vereceği kararda toplum tarafından denetlendiğinin farkında olarak tarafsız bir yargılama yapmasını sağlar. Roma hukukunda ise taraflar dava sırasında olmasa bile dava öncesinde, tarafsızlığına inandıkları bir kişiyi uzlaşma yolu ile seçerek benzeri bir denetimi yapmışlardır. Diğer taraftan yargının dışsal denetimi, toplumun yargıya karşı olumsuz, kuşku veya korku ağırlıklı bir bakışa sahip olmasını engeller. Bireylerin hak arama özgürlüklerinin farkında olarak rahatlıkla hak arama yollarına başvurmalarını sağlar. Bu nedenle, Roma özel yargılama sisteminde tarafların ve dolayısıyla toplumun, hâkimin seçilmesinde sahip olduğu bu ayrıcalıkla, yargı organları önünde hak aramaya teşvik edilmiş olduğu düşünülebilir.

2.1.2.5. Hâkimlerin Atanması

Taraflar, seçim işlemini gerçekleştirdikten sonra *magistra* sahip olduğu kamusal yetkilerle, seçilmiş hâkime, uyuşmazlıkla ilgili kararına uyulması zorunlu bir kişi niteliğini kazandırır²⁴⁶. Hâkimi atayan kişilerin *magistra*’lar olabileceği Paulus’a ait

²⁴³ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 239.

²⁴⁴ Özlem Söğütlü Erişgin, **Roma Hukuku’nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)** (Ankara: İmaj Yayınevi, 2002), s. 45-47.

²⁴⁵ Günümüzde, Amerikan hukuk sisteminde dava sırasında toplum içinden seçilmiş sıradan kişilerin görüşlerine başvurulduğu juri sistemi ya da İngiliz hukuk sisteminin “case law” dedikleri içtihatlara dayanan hukuk sisteminde daha önce benzer davalarda verilmiş kararların uyuşmazlığın taraflarınca bilindiği düşüncesi ile hâkimin hareket etmesi, yargının dışsal denetim yollarına örnek olarak gösterilerilebilir.

²⁴⁶ Burdick, **a.g.e.**, s. 650; Kaser, **a.g.e.**, s. 342-343; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 524-525.

olan aşağıdaki metinden anlaşılmaktadır²⁴⁷. Bu metinde ayrıca atama yetkisinin kaynaklarının, kanun, emirname veya *senatus consultum* olabileceği açık bir biçimde belirtilmiştir.

Dig. 5.1.12.1

Paulus 17 ad ed.

“Iudicem dare possunt, quibus hoc lege vel constitutione vel senatus consulto conceditur. lege, sicut proconsuli. is quoque cui mandata est iurisdictio iudicem dare potest: ut sunt legati proconsulum. item hi quibus id more concessum est propter vim imperii, sicut praefectus urbi ceterique romae magistratus.”

Dig. 5.1.12.1

Paulus 17 ad ed.

“Hâkimi atama işlemini gerçekleştirebilecek olan kişilere bu yetki, bir kanun, emirname ya da *senatus consultum* ile sağlanır. Örneğin, bir *proconsul*²⁴⁸ atama işlemi için kanunla yetkilendirilmiş olabilir. *Proconsul*’ün yetki verdiği vekilleri de aynı şekilde hâkim atayabilirler. Aynı zamanda örf ve âdet bakımından sahip oldukları *imperium* yetkisine dayanarak valiler ve diğer *magistra*’lar da Roma’da hâkim atamaya yetkili

²⁴⁷ Türk hukukunda hâkimin seçilmesi ve atanması ile bir karşılaştırma yapılacak olursa, hâkimler 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu gereğince Adâlet Bakanlığı’nın açtığı sınavı kazanıp, iki yıl staj yaptıktan sonra, Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca mesleğe kabullerine karar verilmesi üzerine atanırlar. Hâkimler ancak bu usûle uygun olarak atandıkları takdirde bu sıfatı kazanırlar. Türk hukukunda seçim ve atamanın devlet içinde çeşitli kurumlarca yapıldığı görülür. Roma hukukunda ise devlet, hâkimin seçiminde değil fakat atanmasında *magistra*’lık kurumu aracılığıyla etkili olmaktadır. Atama işleminin devletin organları aracılığı ile yapılması, bir anlamda devletin bu hizmeti görmesi için hâkime yetki vermesi anlamını taşırdı. Bu nedenle Türk hukukunda olduğu gibi Roma hukukunda da hâkimlik sıfatı, devletin ataması ile kazanılırdı. Dolayısıyla Roma hukukundan günümüze hâkimlik önemli bir kamu hizmeti olarak görüldüğü için devlet hâkimin atamasında her zaman etkili olmuştur.

²⁴⁸ Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren, Roma’da *consul*’luk görevini gördükten sonra bir sene süre ile bir eyaletin başına gönderilen kişiler *proconsul* olarak adlandırılırdı. Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 171.

kişilerdendir”

Yasal davalar (*legis actiones*) usûlünde seçim işleminin her zaman taraflarca yapıldığı kesin olarak söylenemez. Zira bazı davalar heyet olarak kurulu birden çok hâkim tarafından görülürdü. Hâkimler heyeti tarafından görülen belirli uyuşmazlıklarda, hâkimlerin sayıları on ya da yüz olarak belirlenirdi. Bu hâkimlerin seçim işlemi, *magistra* tarafından, tarafların istekleri de dikkate alınarak gerçekleştirilirdi²⁴⁹. Seçim işlemi, hâkimler heyetinin sayısı dikkate alınarak farklı şekillerde yapılırdı²⁵⁰.

On kişilik heyet (*decemviri*), alt derece *magistra*’lardan oluşur ve *comitia*’lar tarafından seçilirdi. Yüz kişilik heyet (*centumviri*) ise, toplam otuz beş *tribunus*’un (eski Roma’da halk temsilcisi) her birisinin üç tane hâkim seçmesi ile belirlenirdi. On kişilik heyetten farklı olarak burada yer alanlar, *magistra* değillerdi. Ayrıca heyette yer alanlarla ilgili tarafların talepleri dikkate alınmaz ve bu kişilerin aynı zamanda seçildikleri yıl içerisinde görülecek diğer davalara da atanmış oldukları kabul edilirdi²⁵¹.

2.1.2.6. Hâkimlerin Hukukçu Olma Zorunluluğunun Bulunmaması

Eski toplumlardan günümüze kadar yargılama hukuku kuralları çerçevesinde yargılamayı gerçekleştirecek olan kişi veya organın belirlenmesi önem taşıyan bir konu olmuştur. Birçok toplumda yargılama sonunda karar verecek olanlara ve bunların belirlenmesine ilişkin kurallar önemli değişiklikler yapılmaksızın istikrarlı bir biçimde uygulanmaktadır. Bu kuralların başında uyuşmazlıkların çözümünde görevli olanların belirli bir uzmanlığa sahip olması gelir. Zira hukuksal bir uyuşmazlığın, hukuk alanında eğitim almamış ya da hukuk bilgisi olmayan kişilerce çözülmesi toplumsal düzenin korunması ve adâletin sağlanması konularında endişeler ortaya çıkarır. Nitekim günümüz hukuk sistemlerinde yargılama sonunda karar verecek kişilerin yeterlilikleri konusundaki kuşkuların oluşumunu engellemek için, bu kişilerin belirli bir hukuk eğitimi almış olmaları aranmaktadır.

²⁴⁹ Phillimore, **a.g.e.**, s. 21.

²⁵⁰ Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 525.

²⁵¹ Aynı, s. 525.

Roma hukukunda ise, geçerli olduğu bin yılı aşkın süre içerisinde belirli bir hukuk uzmanlığına sahip olmayan²⁵² kişiler, hâkim sıfatı ile yargılama sistemi içerisinde yer almışlardır. Yargılamada önemli bir fonksiyona sahip olmalarına rağmen bu kişilerin hukuk bilgisine sahip olmaları şartı aranmamıştır. Ayrıca, Roma hukuku içerisinde bu durum büyük bir eksiklik olarak görülmemiş ve herhangi bir değişiklikte yapılmamıştır²⁵³.

İlk zamanlar *iudex*, *magistra*'nın yargısal işlerini kolaylaştıracak biri olarak kabul edilirdi²⁵⁴. Ancak Roma usûl hukukunda meydana gelen her türlü değişiklik ve yeniliğe rağmen, yargılamayı yapacak özel kişilerde uzmanlık aranmamıştır. Roma'nın ilk dönemlerinden Cumhuriyet dönemi sonlarına kadar yargısal alandaki sorunların siyasi tercihlere bağlı olarak kurulan çeşitli mahkemelerle ve getirilen yeni kurallarla giderilmesi çabaları görülse de, sistem dışı yargılamanın kabulüne kadar *iudex*'in yargılamadaki görev ve fonksiyonlarının değiştirilmesi tercih edilmemiştir. Hatta sistem dışı yargılamada dahi hâkimin statü, görev ve yetkilerinin değişmesine rağmen hukukçu olması zorunluluğu getirilmemiştir²⁵⁵.

Roma hukukunda sadece *iudex* değil, aynı zamanda *magistra*'ların da hukuk alanında uzmanlığa sahip olmaları zorunlu değildi²⁵⁶. *Magistra*'ların hukuk bilgileri, diğer görevlerini yerine getirmek için sahip oldukları bilgilerden daha fazla değildi²⁵⁷. Davanın ilk aşamasında yer almasına rağmen *magistra*, bu görevi siyasi kariyerinin bir

²⁵² Yargılama yapacak kişinin uzman olmasından maksat, belirli bir mesleki eğitim almış olan hukuk bilgisine sahip kişilerin, belirli bir ücret karşılığında sürekli olarak görev yapmasıdır. Yargılamayı yapacak olan uzman niteliğinde olmayan hâkimler ise hukuk bilgisine sahip olmayan, belirli bir ücret almadan, meslek olarak değil fakat geçici olarak görev yapan kişilerdir.

²⁵³ Johnston, **a.g.e.**, s. 125; Hadley, **a.g.e.**, s. 60.

²⁵⁴ Dawson, **a.g.e.**, s. 26.

²⁵⁵ Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları** (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), s. 27.

²⁵⁶ Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 47; Lee, **a.g.e.**, s. 12.

²⁵⁷ Collinet, **a.g.m.**, s. 256; Dawson, **a.g.e.**, s. 29.

basamağı olarak yerine getirirdi²⁵⁸.

Hem *magistra*'nın hem de *iudex*'in hukuk uzmanlığına sahip olmamaları, Romalıların hukuk bilgilerinin yeterli olmadığı anlamına gelmez. Klasik dönem hukukçularının²⁵⁹ günümüz hukuk sistemleri üzerinde de etkili olmuş çalışmaları, Romalıların hukuk bilgisi, mantığı ve tekniği konularında ne kadar ileri düzeyde olduklarını göstermektedir²⁶⁰. *Magistra*'lar ve *iudex*'ler yargı işlerinde eksik olan hukuk bilgilerini, bu hukukçulardan alınan yardım ve görüşler doğrultusunda tamamlamışlardır²⁶¹. Hâkimin hukukçu olmadığı durumlarda, bir uzman tavsiyesine

²⁵⁸ Klasik dönem hukukçuları ile Cumhuriyet dönemi sonu ve Principatus döneminde yaklaşık olarak M.Ö. 150- M.S. 250 yılları arasında yaşamış olan hukukçular ifade edilmektedir. A.Arthur Schiller, "Jurists' Law," **Columbia Law Review**, Vol. 58, No. 8: 1226-1238, (1958), s. 1226.

²⁵⁹ Roma hukukçusu ile avukat aynı anlamda kullanılmazdı. Avukatlık aşağı hizmetlerden biri olarak görülürdü. Aralarında uyumsuzluk olanlara yol gösteren, davada onları temsil eden avukatlar, genellikle Roma hukukçusu olarak nitelendirilen kişilere danışırlardı. Roma hukukçusu ile kastedilen İmparatorluk dönemine kadar zengin bir ailede yetişmiş saygı gören kişilerdir. Devlet içinde yükselmesi kolay olan bu kişiler karşılık almaksızın verdikleri görüşlerle Roma hukukunun kamu yararına gelişmesine katkı sağlamışlardır. İmparatorluk döneminde ise, artan bürokrasi ile birlikte bu hukukçular imparatorun birer memuru olmuşlar, maaş karşılığı bu işi yapmışlar ve dolayısıyla daha önce sahip oldukları bağımsızlıklarının bir kısmını kaybetmişlerdir. Kaser, **a.g.e.**, s. 13; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 26-27; Schiller, **a.g.e.**, s. 277; Schulz, Legal Science, **a.g.e.**, s. 43.

²⁶⁰ Schiller, **a.g.m.**, s. 1227.

²⁶¹ "Roma hukukunda hukukçuların başlıca faaliyetleri *cavere*, *agere* ve *respondere* şeklinde sıralanabilir. Hukuksal metinlerin oluşturulmasına yardım etmek anlamına gelen *cavere*, özellikle Roma'nın tarım ekonomisinin yerini ticarete dayanan ekonomiye bırakması ve sonrasında ortaya çıkan yeni uyumsuzlukların yeni sözleşmelerle giderilmesi ve ticari borçların ve kuralların tanımlanması için hukukçulara ihtiyaç duyulmuştur. Romalı hukukçular ise bu ihtiyaçları yeni hukukî metinler oluşturarak gidermişlerdir. Usûle ilişkin sorunlarda görüş bildirmek anlamında kullanılan *agere* faaliyeti ise hukuksal konularda düşüncelerini bildirmek şeklinde ifade edilen *respondere* faaliyeti ile birlikte düşünülürdü. Zira sürekli değişen hukuksal ihtiyaçlar maddî hukuk kurallarının gelişimine paralel olarak usûle ilişkin kurallar bakımından da değişim söz konusu idi." Cutler, **a.g.e.**, s. 164-165; Declareuil, **a.g.e.**, s. 9 ve 23; Girard, **a.g.e.**, s. 95-96; Lee, **a.g.e.**, s. 10; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 190; Schiller, **a.g.m.**, s. 1226-1227; Schulz, Legal Science, **a.g.e.**, s. 57.

başvurmaması nadiren görülürdü²⁶². Bu nedenle *consilium* adı verilen danışma heyetinde yer alan hukukçuların yazılı görüşlerine sıklıkla ihtiyaç duyarlardı²⁶³. Aynı durum *magistra* için de geçerliydi. *Magistra*'lar da hukukçuların görüşlerine başvururlar²⁶⁴ ve bunun için sekreterlik görevini yerine getiren çalışanlarını hukuk bilgisine sahip olan kişiler arasından seçerlerdi²⁶⁵.

Hukukçuların görüşlerinin *iudex* için bağlayıcı olup olmadığı önemli bir konudur²⁶⁶. Ancak Roma hukuku kaynakları bu konuda yeterli bilgi sağlamamaktadır. Ayrıca Gaius'un *Institutiones*'inde konu ile ilgili açıklamaların hangi dönem için geçerli olduğu ve hâkim için bağlayıcı olup olmadığı da tam olarak anlaşılamamaktadır²⁶⁷.

²⁶²“Özellikle Cicero zamanında yargılama sırasında hâkimin etrafının dava ile ilgili sorularını doğrudan yöneltebileceği, tavsiyelerine başvurabileceği hukukçularla çevrili olduğu bilinmektedir.” Abdy, **a.g.e.**, s. 65; Hadley, **a.g.e.**, s. 59.

²⁶³ Günümüzde mahkemelerin iş yükünün azaltılması için Avrupa Birliği'ne üye ve aday ülkelerin Adâlet Bakanları'nın yapmış olduğu çeşitli toplantılarda, mahkemelerin iş yükünün azaltılması için alınması gereken tedbirler konusunda tavsiye kararlar alınmaktadır. Bu tedbirlerden biri olarak hâkimlerin, idari nitelikteki işler ve basit uyuşmazlıklarla çok fazla uğraşmalarını önlemek için adlî hizmet uzmanı olarak adlandırılan kişilerin, mahkemelerde görev yapması tavsiye edilmektedir. Adlî hizmet uzmanları yeterli hukuk eğitimi almış, hâkime iş yükü anlamında yardımcı olan ve hâkimin kontrolünde çalışan kişilerdir. Batı Avrupa'nın hemen hemen tamamında ve Brezilya, Şili, Japonya gibi ülkelerde yargı memuru olarak adlandırılan ve yetkileri oldukça geniş olan kişiler adlî hizmet uzmanı olarak görev yapmaktadırlar. Örneğin, Almanya'da “*Rechtspfleger*” adı ile anılan yargı memurları, hiyerarşik sıralamada bütün adliye memurlarının üstündedir. Bu kişiler, hâkimin yargı yetkisini kullanmasını gerektirmeyen hukukî konularda yetkilendirilmiş bulunan bir hukuk teknisyenidir. Günümüzde adlî hizmet uzmanı gibi hâkime yardımcı personel bulunması ihtiyacının, Roma hukukunda, iş yükünü azaltmak anlamında olmasa bile, hâkimin eksik olan hukuk bilgilerini tamamlamak için her zaman danışabileceği hukukçularla sağlanmış olduğu görülmektedir. **Mustafa Özbek**, “Avrupa Konseyince Adâlet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler,” **AÜHFD**, Cilt no 55, Sayı no 1: 207-292, (2006), s. 263. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, (12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), s. 362.

²⁶⁴ Kaser, **a.g.e.**, s. 13.

²⁶⁵ Andrew Borkowski ve Paul du Plessis, **Textbook on Roman Law** (Oxford: Oxford University Press, 2005), s. 37; Harries, **a.g.e.**, s. 103; Kocourek, **a.g.m.**, s. 439; Schiller, **a.g.m.**, s.1227; Schulz, **Legal Science**, **a.g.e.**, s. 52-53.

²⁶⁶ Nicholas, **a.g.e.**, s. 31; Turner, **a.g.e.**, s. 97.

²⁶⁷ Schulz, **Legal Science**, **a.g.e.**, s. 115-117.

Gai. Inst. 1.7 :

“Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur”

Gai. Inst. 1.7 :

“Hukukçuların cevapları, hukuk kuralını göstermek için yetkili kılınmış olan hukukçuların karar ve görüşleridir. Bu görüşleri (hâkimin görüşü ile) aynı yönde ise, kanun gücündedir. Farklı ise *iudex*, imparator Hadrian’ın emirnamesinde belirttiği gibi, hangi görüşü kabul edeceğine karar vermekte serbesttir.”

Augustus zamanında bazı hukukçulara imparator otoritesi altında resmî sıfatla hukuksal konularda görüş bildirme hakkı (*ius respondendii*) sağlanmıştı²⁶⁸. Gai. Inst. 1.7’ de vurgu yapılan hukukçular, bir kamu görevi olarak görüş bildiren yani *ius respondandii* tanınmış olan hukukçulardır²⁶⁹. Açık bir biçimde “...*sententiae et opiniones*” yani “karar ve görüşleri” olarak tanımlanmak istenen bu hukukçuların *responsa*’larının, hâkim için ancak kendi görüşü ile aynı yönde oldukları zaman bağlayıcı olduğu belirtilmiştir²⁷⁰. O halde hâkim, dava sonunda sahip olacağı kanaatini, hukukçuların görüş ve düşünceleri ile kıyasladıktan sonra kararını verecektir²⁷¹. Ancak Hadrianus dönemi²⁷² için kesin olan bu kuralın daha önceki dönemlerde de geçerli olup olmadığı anlaşılamamaktadır²⁷³. Principatus döneminde imparatora bağlı hukukçuların,

²⁶⁸ Dig. 1.2.2.49’ da Augustus’un bazı hukukçuları kendi kontrol ve denetimi altına almak için böyle bir karar aldığı belirtilmektedir.

²⁶⁹ Lee, **a.g.e.**, s. 18; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 290-291; Muirhead, **a.g.e.**, s. 20; Nicholas, **a.g.e.**, s. 31; Schiller, **a.g.m.**, s. 1228-1229; Hadley, **a.g.e.**, s. 65; Crook, **a.g.e.**, s. 26.

²⁷⁰ Crook, **a.g.e.**, s. 26; Hadley, **a.g.e.**, s. 66-69; Kaser, **a.g.e.**, s. 18; Turner, **a.g.e.**, s. 98.

²⁷¹ Schulz, Legal Science, **a.g.e.**, s. 115; Turner, **a.g.e.**, s. 98.

²⁷² M.S. 117- M.S. 138 yılları arasında görev yapmış Roma imparatorudur.

²⁷³ Schulz, Legal Science, **a.g.e.**, s. 115.

statüleri ile birlikte görüşleri de ayrıcalık kazanmıştır²⁷⁴. Kanımızca daha önceki dönemlerde hukukçular, devlet içinde bir kamu görevlisi gibi hizmet vermediklerinden, görüşlerinin hâkim için bağlayıcılık taşımaması muhtemeldir.

Hâkimlerin hukukçu olma zorunluluğunun bulunmaması, Roma hukukunun içtihatlarla dayalı bir sisteme sahip olmasını engellemiştir. Zira görevleri kanunla ve örf ve âdet tarafından belirlenmiş olan özel kişi hâkim hukukçu olmadığından, verilen kararın benzer davalar için bağlayıcı olmaması mantıklıdır²⁷⁵. Ancak, hâkimin çoğu zaman hukuku bilmemesi, hukuku uygulamadığı anlamına da gelmez. Zira hâkimler listesinde yer alanlar toplum içinde sıradan vatandaş değillerdi²⁷⁶. Örf ve âdet ile hukukun diğer kaynaklarına bağlı olarak ve bunları araştırarak karar verecek olan hâkim, Roma hukukunun gelişiminde önemli bir yere sahip olan *praetor edictum*'larından da yararlanırdı. Dava sırasında tarafların ve vekillerinin yeni görüşler ve çözüm önerileri ileri sürmesi ve ayrıca hâkimin hukuksal yardım için başvurduğu hukukçuların uyuşmazlığa ilişkin kuralların ne şekilde uygulanacağına dair görüşleri, bir taraftan hukukun uygulanmasına diğer taraftan gelişimine önemli katkılar sağlamıştır²⁷⁷.

2.1.2.7. Hâkimin Reddi

Özel yargılama sisteminde atanmış hâkimin taraflarca reddinin talep edilmesi söz konusu değildi. Hâkim, taraflarca ve onların uzlaşması sonucunda seçildiği için, aynı taraflarca reddi kabul edilmemiştir. Seçim işlemi sırasında taraflar, uzlaşmıyaya kadar karşılıklı olarak önerilen hâkimi reddedebilirdi. Böyle bir red işlemi, hukukî anlamda değil²⁷⁸, görülmeye başlayacak olan bir dava öncesinde taraflar arasında

²⁷⁴ Nicholas, **a.g.e.**, s. 32.

²⁷⁵ Buckland/ Mc Nair, **a.g.e.**, s. 6.

²⁷⁶ Collinet, **a.g.m.**, s. 253.

²⁷⁷ Sohm, **a.g.e.**, s. 62-71.

²⁷⁸ Belli bir davada, hâkimin taraflardan biri veya dava ile yakın ilgisinin bulunması halinde, hâkimin o davada tarafsız kalamayacağı endişesinin ortaya çıkmasına neden olur. Bu nedenle böyle endişenin ortaya çıkmasıyla hâkimin önüne gelen davaya bakamayacağı kabul edilmiştir. Buna hâkimin davaya bakmaması veya reddi denir.

gerçekleşen teknik anlamda bir reddir²⁷⁹.

Hâkimin seçilmesi ile birlikte, hâkim ile taraflar arasında hukuksal nitelikte olmayan, güvene dayalı özel bir bağ meydana gelirdi. Bu seçim işlemi sonrasında taraflara hâkimin tarafsızlığından şüphe duydukları gerekçesi ile davanın başka bir hâkim tarafından görülmesini talep etme hakkı tanınmamıştır. Özel yargılama sisteminde *reiection* olarak adlandırılan, davanın görülmesinden önce yapılan seçim işlemi sırasında önerilen hâkimin diğer tarafca red edilmesi usûlü²⁸⁰, hukukî anlamda red olarak ifade edilemez. Bu usûlde kural olarak tarafların reddedebileceği hâkim sayısı sınırlandırılmamıştır. Ancak bazı dönemlerde çıkarılan kanunlarda bu sayı sınırlandırılmıştır. Örneğin, *Lex Pompeia de Vi* ve *Lex de Ambitua* adlı kanunlarda listeden seksen hâkimin kura yolu seçilebileceği ve tarafların bu hâkimlerden otuzunu reddedebileceği düzenlenmiştir²⁸¹.

Roma hukukunda *reiection* usûlünün iki durumda uygulanamayacağı kabul edilirdi. Bunlardan biri, hâkimin seçimi konusunda taraflar uzlaşmışlar ve hâkimin atanması yapılmışsa, diğeri ise taraflar hâkimin seçimi konusunda uzlaşmamış ve *magistra* tarafından hâkim seçilmiş ve atanmışsa, tarafların *reiection* ile hâkimin reddini talep etmeleri söz konusu olmazdı²⁸². Taraflarca hâkimin seçimi kural olarak uzlaşma sağlanarak ve onların insiyatifinde gerçekleşen ihtiyarî bir seçim işlemi iken, uzlaşmanın olmaması durumunda ise zorunlu bir seçim işlemi niteliğindedir. Her iki durumda da taraflar, listede yer alan hâkimlerin yargılamadaki yeterlilikleri konusunda tam bir bilgiye sahip değillerdi ve davanın görülmeye başlaması ile birlikte hâkimin bilgi ve yeterliliği konusunda fikir sahibi olurlardı. Hâkimin hukuksal anlamda reddi, hâkimin tarafsızlığını sağlamak için başvurulabilecek yollardan biri iken uyuşmazlığı gören hâkimin tarafsızlığının ileri sürülememesi, Roma yargı sisteminin başlıca eksikliklerinden biri olarak gösterilebilir. Ayrıca, özel yargılama sisteminde *sortitio*

²⁷⁹ Özlem Söğütü Erişgin, “Roma Hukuku’nda Yargıcın Reddi,” *AÜHFD*, Cilt no 51, Sayı no 1: 97-115, (2002), s. 97-100.

²⁸⁰ Brunt, *a.g.e.*, s. 518; Berger, *a.g.e.*, s. 673; Kaser, *a.g.e.*, s. 343; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 129.

²⁸¹ Hunter, *Systematic and Historical*, *a.g.e.*, s. 46.

²⁸² Ernest Metzger, *A New Outline of The Roman Civil Trial* (Oxford: Oxford University Press, 1997), s. 61-62.

veya *editio* yolu ile hâkimin seçilmesi işlemi yapılırken taraflardan her birine *reiectio* yolu ile reddetme hakkının tanınması, mahkemelerin oluşumunu ve dolayısıyla yargılamanın başlamasını geciktirmektedir²⁸³. Diğer taraftan listede yer alan hâkim sayısının çok olması *reiectio*'nun uygulanmasını zorlaştırırdı. Bu nedenle *reiectio*'nun tarafların menfaatlerine uygun bir uygulama olduğu düşünülemez²⁸⁴.

2.1.2.8. Heyet Halinde Görev Yapan Çeşitli Mahkemeler

2.1.2.8.1. *Decemviri Stlitibus (Decemviri Litibus) Iudicandis*

Latince “On Adam” anlamına gelen *decemviri*, Roma Cumhuriyet döneminde belirli bir görevi yerine getirmek için on kişiden oluşan bir heyeti ifade ederdi²⁸⁵. *Decemviri legibus scribundis consulari imperio*²⁸⁶, *decemviri sacris faciundis*,

²⁸³ Cicero, Oratio, a.g.e., s. 317.

²⁸⁴ Brunt, a.g.e., s. 518.

²⁸⁵ J. T. Abdy ve Bryan Walker, *The Commentaries of Gaius* (Cambridge: Cambridge University Press, 1885), s. 477; Basil Kennett, *The Antiquities of Rome* (Philadelphia: Hickman and Hazzard, 1822), s. 131; John Lemprière, F.A. Wright, Frederick Adam Adams ve R. Willets., *Lemprière's Classical Dictionary of Proper Names Mentioned in Ancient Authors Writ Large: With a Chronological Table* (London: Routledge & Kegan Paul Books Ltd., 1984), s. 195; Mousourakis, a.g.e., s. 100; Smith, a.g.e., s. 386.

²⁸⁶ *Decemviri legibus scribundis consulari imperio*, M.Ö. 451 ve M.Ö. 450 yıllarında görev yapmış olan iki *decemviri* takımına verilen isimdir. Bu *decemviri*'ler *patricius-pleb* mücadelesi sonucunda yönetimi üstlenen kişilerdi. *Pleb* tribünü'nün kurulması ile birlikte devlet içinde bir organ sahibi olan *plep*'lerin sonraki çabaları yargılama alanında etkili olabilmek olmuştur. Zira yargılamada *patricius*'ların etkili olduğu ve bu nedenle kendilerine karşı, taraflı yargılama yapıldığı inancını taşımaktaydılar. M.Ö. 462 yılında bir *pleb* tribünü olan C. Terentillus tarafından beş *pleb*'ten oluşan bir komisyona o zamana kadar yazılı kanunların oluşturulması görevi verilmek istenmiş fakat yaklaşık on yıl kadar *patricius*'lar tarafından buna izin verilmemiştir. M.Ö. 452 yılından sonra ise bir yıl için görev yapan on kişilik bir heyete bu görev verilmiştir. Özellikle kanunların hazırlanması bakımından görev almış olan bu grup, sonraki yıllarda Roma Anayasası niteliğinde olan Oniki Levha Kanunları'nın (*Lex Duodecim Tabularum*) oluşumuna ve şekillendirilmesine önemli katkılar sağlamış olmalarına rağmen M.Ö. 449 yılında adaletsiz davranışları nedeniyle iç karışıklığa neden olduklarından görevlerini yeniden *magistra*'lara bırakmışlardır. Titus Livius, *Livy II- Book III-IV*. Çev. B.O. Foster (Cambridge: Cambridge University Press, 1963), s. 31 ve 108-116. (Livy 3.9, 3.32-35.); William Ramsay, *A Manual of Roman Antiquities* (London: Griffin Bohn and Company, 1863), s. 150-151; Alan Watson, *The*

decemviri agris dandis adsignandis, decemviri stlitibus iudicandis gibi isimlerle belirli bir görevi yerine getirmek için oluşturulan çeşitli heyetlerden yargısal alanda görev yapan *stlitibus iudicandis*'di²⁸⁷.

Decemviri stlitibus iudicandis, decemviri litibus iudicandis olarak da adlandırılırdı. Bu mahkemelerin oluşumu ve yapısı hakkında kesin bir bilgiye sahip olunamamaktadır. Burada görevli olanlar, ilk zamanlar *Pleb* Tribünüğü²⁸⁸, daha sonraki dönemlerde ise *magistra* tarafından seçilmiştir²⁸⁹.

Roma hukuku kaynakları incelendiğinde *Digesta*'da bu mahkemelerden kısaca bahsedildiği görülür.

Dig. 1.2.2.29

Pomponius l.S. enchir.

“Deinde cum esset necessarius magistratus qui hastae praessent, decemviri in litibus iudicandis sunt constituti.”

Pomponius, bu metnin öncesinde Dig. 1.2.2'de *magistra* gibi hukuksal

Spirit of Roman Law (Athens: Georgia Press, 1995), s. 37; Kennett, **a.g.e.**, s. 131-132; Lemprière/Wright/ Adams/Willeys, **a.g.e.**, s. 195; Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 49.

²⁸⁷*Decemviri sacris faciundis*, çeşitli dinsel işlerde görevli olmak üzere oluşturulmuşken, *decemviri agris dandis adsignandis* ise kamu arazilerinin (*ager publicus*) paylaşılmasını kontrol etmek için kurulmuştu. Smith, **a.g.e.**, s. 387.

²⁸⁸ *Pleb* Tribünüğü aynı zamanda ceza yargılaması yapan bir mahkeme olarak Roma hukuk sistemi içinde yer almıştır. Roma hukuku eserlerinde tribün mahkemesi olarak da ifade edilmektedir. Burada yapılan yargılamanın üç aşamalı ve her bir aşamanın birbirinden farklı şekilde yapıldığı bilinmektedir. Bu süreç içerisinde yapılan işlemler, genel olarak olayla ilgili kamu düşüncesinin öğrenilebilmesi için kamuya açık olan alanda yapılırdı. Her aşamanın sonunda bir ceza açıklanır ve suçlu bulunan kişinin bu cezayı kabul etmek isteyip istemediği sorulurdu. Suçlu, hakkında önerilen cezayı kabul ederse, suçunu ikrar etmiş sayılırdı ve bu ikrarından dolayı kendisine daha ağır bir ceza verilemezdi. Kabul etmediği takdirde diğer aşamaya geçilerek olay yeniden incelenirdi. Ancak her üç aşamanın tamamlanmasına rağmen suç inkar ediliyorsa, dördüncü ve son bir oturumda (*quarta accusatio*) kesin karar verilirdi. Bauman, **a.g.e.**, s. 10-11.

²⁸⁹ Greenidge, **a.g.e.**, s. 43; Jolowicz, **a.g.e.**, s. 201.

organların gelişimine ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Daha önceki ifadelerinin devamı olarak Dig. 1.2.2.29'da *decemviri litibus iudicandis*'in küçük bir *magistra* olarak açık arttırma yolu ile satışlarla ilgili sorunlarda karar vermek üzere kurulduğundan söz eder. İlk zamanlar bir çeşit sivil mahkeme olarak bireylerin statüleriyle ilgili sorunlarda görev yaparlardı. Daha sonra küçük bir *magistra*'lık haline gelmiştir²⁹⁰. Yani, küçük bir *magistra*'lık olarak kurulmasının öngörülmesinden önce var olmuş bir mahkemedir. Digesta'da yer alan ifadenin hemen sonrasında Pomponius, Dig. 1.2.2.30'da, bu mahkemelerin küçük bir *magistra* olarak kabulünün, *triumviri*'lerin²⁹¹ kurulduğu tarihte olduğunu belirtmiştir ve bu tarih M.Ö. 286'dır. Ancak *decemviri litibus*'un kurulmasının daha önceki bir tarihte, M.Ö. 367 yılında olduğu tahmin edilmektedir²⁹².

Küçük bir *magistra* olarak kabul edilmesinden önce *decemviri litibus*'un görev ve yetkilerinde, M.Ö. 350 yılında yürürlüğe giren *Lex Pinearia* adlı kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kanunla birlikte görevli oldukları davaların büyük bir bölümü ve yargısal alanda sahip oldukları yetkilerin hemen hemen tamamı *magistra*'ya bırakılmıştır. Bu kısıtlamalar sonrasında, Dig. 1.2.2.29'da belirtildiği gibi açık arttırma ile satışlarda görevli küçük bir *magistra* olarak varlığını sürdürmüştür²⁹³. Augustus döneminde *centumviri* mahkemelerine dahil edilmiş ve daha sonra yargısal alanda *decemviri-centumviri* ayrımı ortadan kaldırılmıştır²⁹⁴.

2.1.2.8.2. Centumviri

Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında *pleb*'ler doğrudan veya dolaylı olarak yargılamada etkili değillerdi. Genellikle *patricius* sınıfından olan kimselerin yargılamanın önemli bir unsuru oldukları kabul edilirdi. *Pleb*'lerin yargısal işlerde etkili olma çabaları, Servius Tullius'un da önemli katkıları ile, *centumviri* mahkemelerinin

²⁹⁰ Lemprière/Wright/ Adams/Willets, **a.g.e.**, s. 195; Greenidge, **a.g.e.**, s. 43; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 100.

²⁹¹ Kısaca, "aynı fonksiyonu gören üç *magistra*'dan kurulu heyet" olarak ifade edilebilir. Umur,Lügat, **a.g.e.**, s. 215.

²⁹² Abdy/Walker, **a.g.e.**, s. 477.

²⁹³ Abdy/Walker, **a.g.e.**, s. 477; Lemprière/Wright/ Adams/Willets, **a.g.e.**, s. 195.

²⁹⁴ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 615; Jolowicz, **a.g.e.**, s. 201; Mousourakis, **a.g.e.**, s.195.

kurulmasıyla sonuçlanmıştır²⁹⁵. Dolayısıyla bu mahkemelerin, *decemviri*'ler gibi genel bir toplumsal ihtiyacın karşılanması için kurulduğu belirtilebilir²⁹⁶.

Latince, “Yüz Adam” anlamına gelen *centumviri*, esasında her bir sınıftan otuz beş olmak üzere toplamda yüz beş kişiden oluşan bir heyet mahkemesidir²⁹⁷. Ancak bu sayının zamanla değiştiği bilinmektedir²⁹⁸. *Centumviri* mahkemelerinin oluşumu ve yapısı hakkında kesin bilgilere sahip olunamamaktadır²⁹⁹. Kesin olarak bilinen bu mahkemelerin, sürekli bir mahkeme niteliğinde olduğu ve özel bir dava için oluşturulmadığıdır³⁰⁰. İlk olarak hangi yılda kuruldukları kesin olarak tahmin edilememekle birlikte, M.Ö. 240 yılından daha önce bu mahkemelerin var olduğuna ilişkin kesin deliller bulunmamaktadır³⁰¹.

Hangi davalarda özel yargılama yetkisine sahip oldukları belirsiz olan bir diğer konudur. Zira tarafların bu mahkemelere başvurma zorunluluklarının olmadığı bilinmektedir. Başka bir ifade ile taraflar, bu mahkemenin yargılaması yerine, *unus iudex*'in (tek hâkimin) yargılamasını tercih edebilirlerdi³⁰². Bu nedenle *centumviri*'lerin görevli oldukları davalar kesin olarak belirlenemez³⁰³. Ancak kesin olarak bilinen iki kural vardır; taraflar *centumviri* önüne getirdikleri bir davayı başka bir mahkeme önüne götüremezlerdi³⁰⁴ ve mahkemede görev yapacak olan hâkimler *magistra* tarafından seçilirdi³⁰⁵.

Cicero, *de Oratore* 1.38.'de *centumviri* mahkemelerinde görülen davaları,

²⁹⁵ Abdy, **a.g.e.**, s. 67-69; Cutler, **a.g.e.**, s. 127.

²⁹⁶ Greenidge, **a.g.e.**, s. 41.

²⁹⁷ Kelly, *Civil Judicature*, **a.g.e.**, s. 3.

²⁹⁸ Buckland, *Textbook*, **a.g.e.**, s. 615; Lemprière/Wright/ Adams/Willeys, **a.g.e.**, s. 137; Abdy/Walker, **a.g.e.**, s. 478; Crook, **a.g.e.**, s. 79-80; Jolowicz, **a.g.e.**, s. 199; Kaser, **a.g.e.**, s. 343; Roby, **a.g.e.**, s. 314.

²⁹⁹ Tartışmalar için bkz., Kelly, *Civil Judicature*, **a.g.e.**, s. 6-13.

³⁰⁰ Abdy, **a.g.e.**, s. 67.

³⁰¹ Buckland, *Textbook*, **a.g.e.**, s. 615; Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 49-50; Greenidge, **a.g.e.**, s. 43.

³⁰² Smith, **a.g.e.**, s. 231; Crook, **a.g.e.**, s. 80.

³⁰³ Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 50-51.

³⁰⁴ *Iust. Cod.* 3.31.12.

³⁰⁵ Greenidge, **a.g.e.**, s. 43.

“....centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae.” şeklinde belirli bir düzen gözetmeksizin belirtmiştir³⁰⁶. Burada belirtilenlerden hareketle, *centumviri* mahkemelerinde görülen davalar dört üst başlık altında incelenebilir. Bunlar, irtifaklarda dâhil olmak üzere *ius civile* mülkiyeti uyuşmazlıkları, miras, kanuni mirasçılık ve vasilik-velayet ile ilgili konulardır³⁰⁷. Dolayısıyla *centumviri*’nin hukuk davaları bakımından görevli olduğu, bununla birlikte sözleşme, haksız fiil ve zilyetlik gibi konuların ise görev alanı dışında olduğu anlaşılmaktadır³⁰⁸. Ancak, Cicero’nun belirttiği görev konularının kendisinden önceki dönemlerde veya daha sonraki dönemlerde geçerli olup olmadığı tartışmalıdır³⁰⁹. Ayrıca, Cicero’nun, ceza davaları bakımından bu mahkemelerin görevli olup olmadığını belirtmemesi, ceza davaları bakımından bu mahkemelerin görevli olmadığı anlamına gelmez, başka bir belirsiz konuyu ortaya çıkarır³¹⁰.

Augustus döneminde *Julia* kanunları ile *centumviri* mahkemelerin yapısında önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak, *decemviri* mahkemelerinde olduğu gibi küçük bir *magistra* olarak kabul edilmemişler ve görevleri her zaman yargısal konularla ilgili olmuştur. Bu yapısal değişikliklerden biri olarak, mahkemede görev yapan hâkimlerin sayısı yüz seksene çıkarılmıştır. Ayrıca, her bir *centumviri*’nin kendi içinde ikiye ya da dörde bölünmesi öngörülmüştür³¹¹. Bu bölünme, basit davaların daha az sayıda hâkim tarafından görülmesi için getirilmişti. Önemli davaların ise daha az sayıda hâkimden oluşan mahkemelerde değil, yeniden bir araya gelen *centumviri*’lerde görüleceği kabul

³⁰⁶ Cicero, *De Oratore* Çev. E.W. Sutton (London: William Heinemann Ltd., 1967), s. 118.

³⁰⁷ Buckland, *Textbook*, a.g.e., s. 615; Cutler, a.g.e., s. 129; Hunter, *Systematic and Historical*, a.g.e., s. 51; Crook, a.g.e., s. 80.

³⁰⁸ Smith, a.g.e., s. 231.

³⁰⁹ Greenidge, a.g.e., s. 41.

³¹⁰ Hunter, *Systematic and Historical*, a.g.e., s. 51.

³¹¹ Cutler, a.g.e., s. 128; Mousourakis, a.g.e., s. 195.

edilmiştir³¹². *Julia* kanunları ile *centumviri* mahkemelerinin görevlerinde bir değişiklik yapıp yapılmadığı tartışmalıdır. Bazıları *actio in rem* ile ilgili davalara artık bakamayacağını belirtirken bazıları bunu kabul etmezler³¹³.

Centumviri mahkemelerinin yargılama şekli ile ilgili olarak kesin bilgilere sahip değiliz. Ancak bu mahkemenin toplandığı açık alanda, toprağa *ius civile* mülkiyetinin sembolü olan mızrak saplanması gibi şekli merasimlerle yargılamaya başlanıldığı ve tarafların *sacramentum*³¹⁴ olarak bir miktar para yatırmaları gibi yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasına özgü şekli kuralların *formula* yargılamasına geçilmesi sonrasında da devam ettiği bilinmektedir³¹⁵.

Gai. Inst. 4.31 :

“Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. sane quidem cum ad centumuiros itur,

³¹² Alexander Adam, James Boyd ve Lorenzo L. Da Ponte, **Roman Antiquities** (New York: W.E. Dean, Printer and Publisher, 1842), s. 164; Hunter, *Systematic and Historical*, **a.g.e.**, s. 49; Abdy/Walker, **a.g.e.**, s. 478.

³¹³ Abdy/Walker, **a.g.e.**, s. 478.

³¹⁴ *Sacramentum* en genel anlamda bir yemin veya taahhüt olarak ifade edilebilir. *Sacramentum*, *legis actio per sacramentum* dava kalıbı içinde içinde tarafların yemin ederek yatırdıkları ve dava sonucuna göre davayı kazanan tarafın yatırdığını geri aldığı, kaybeden tarafın yatırdığının devlet hazinesine bırakıldığı bir miktar paradır. Gai. 4.14’ te “*Poenam autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. nam de rebus mille aeris plurisue quingentis assibus, de minoris uero quinquaginta assibus sacramento contendeatur; nam ita lege xii tabularum cautum erat. at si de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est fauore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores.*” şeklinde belirtilmektedir. Buradan anlaşılan özetle, *sacramentum* ile haksız çıkan taraf beşyüz ya da elli as ile mahkûm edilirdi. Dava konusunun değeri bin astan fazla ise beşyüz as; daha az ise elli as *sacramentum* olarak belirlenirdi. Bu kural Oniki Levha Kanunları’nda belirtilirdi. Ayrıca dava konusu hürriyete ilişkin ise *sacramentum* elli as olarak belirlenirdi. Basılmış paranın ortaya çıkmasına kadar dava konusunun değerine göre beş öküz veya beş koyunun ilahlara kurban edileceğine dair yemin edilirdi. Basılmış paranın ortaya çıkmasından sonra ise beş öküz yerine beşyüz as, beş koyun yerine elli as ilahlara adanmaya başlandı. Daha sonra, yukarıda belirtildiği gibi *sacramentum* miktarı belirlenmiştir. Umur, *Lügat*, **a.g.e.**, s.190.

³¹⁵ Abdy, **a.g.e.**, s. 67; Smith, **a.g.e.**, s. 231; Greenidge, **a.g.e.**, s. 42; Crook, **a.g.e.**, s. 80; Adam/Boyd/ Da Ponte, **a.g.e.**, s. 164; Jolowicz, **a.g.e.**, s. 200.

ante lege agitur Sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum [praetorem]. damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione quae in edicto proposita est obligat aduersarium suum, idque et commodius ius et plenius est. per pignoris capionem apparet.”

Yukarıdaki metin ile Gai. Inst. 4.30’da belirtildiği gibi *formula* yargılamasının yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasının yerini almasına rağmen, iki istisna durumunda davaların yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasına uygun olarak görülmesine izin verildiği anlaşılmaktadır. Bu iki istisnadan birisi *centumviri* mahkemelerinde görülen davalardır. Buna göre, davanın ilk aşamasında *praetor urbanus* veya *peregrinus* önünde *sacramentum* yatırılmasına devam edildiği belirtilmektedir. Dolayısıyla *formula* yargılamasına geçilmesine rağmen, *centumviri* mahkemelerinde Gai. Inst. 4.16’da belirtilene benzer bir yargılama yapıldığı sonucuna varılabilir³¹⁶. Bu nedenle *centumviri* mahkemelerinin yargılamasında yazılı *formula*’lar kullanılmamıştır³¹⁷.

Roma içinde zamanla önemli bir konuma gelmiş olan bu mahkemeler İmparatorluk döneminde yani M.S. 3. yüzyılda kaldırılmıştır. Klasik dönem hukukçularının eserlerinde bu mahkemeler yeterince yer almadığı için, burada yapılan yargılamanın şekli ve Roma usûl hukukunda taşıdığı önem kesin olarak

³¹⁶ Gai. Inst. 4.16.: “Davacı elinde tuttuğu bir değnekle köleye dokunarak, “Bu kölenin Quirites hukukuna göre bana ait olduğunu beyan ediyorum.” der. İddiasını bu şekilde belirttikten sonra, “İşte sana karşı istihkakımı ileri sürüyorum”, der. Buna karşı davalı, iddiayı kabul ederse *magistra* önünde ikrarda bulunmuş (*confessio in iure*) olur ve mahkeme sona ermiş gibi, *magistra* tarafından mal davacıya teslim edilirdi. İkrarda bulunmayan davalı da, aynı hareketleri yaparak aynı sözleri söyler ve böylelikle o da karşılık olarak istihkak iddiasında bulunmuş olurdu (*contra vindicatio*). *Magistra* ise, “Her ikiniz de köleyi bırakın” der ve duruma hâkim olduğunu gösterirdi. Bu suretle mal, sanki *magistra* tarafından zapt edilmiş gibi, her iki tarafın zilyetliğinden çıkar ve ortaya bırakılmış olurdu. Bunun üzerine davacı, “Hangi sebebe dayanarak istihkakta bulunduğunu söylemeni istiyorum”, der ve diğeri, “İstihkakımı ileri sürmekle hakkımı belirtmiş oluyorum.”, cevabını verirdi. Bunun üzerine davacı, “Mademki haksız bir istihkakta bulunuyorsun, seni 500 as *sacramentum*’a davet ediyorum.”, dedikten sonra davalı tarafta “Ben de seni”, şeklinde karşılık verirdi. Eğer bu şekilde karşılık vermez veya *sacramentum*’u yatırmazsa, *magistra*, istihkakta bulunmamış gibi, malı davacıya teslim ederdi.”

³¹⁷ Sohm, a.g.e., s.171-174.

anlaşılammıştır³¹⁸.

2.1.2.8.3. *Recuperatores*

Bir diğer heyet mahkemesi ise *recuperatores* olarak adlandırılırdı. Bu mahkemelerin Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında kurulduğu ve Klasik sonrası dönemde kaldırıldığı bilinmektedir³¹⁹. Başlıca özelliği, Roma'ya bağlı eyaletlerin, hukuksal alandaki ihtiyaçlarını karşıladığı için eyaletler arasında kabul görmüş mahkemeler olmasıdır³²⁰. Zira “kişiye uygulanacak hukuk, tâbi olduğu eyaletin hukukudur” kuralı ve eyaletlerde yaşayanların Roma mahkemelerine başvuru hakkının sınırlı olması, eyaletlerde yaşayanların yeni mahkemelere ihtiyaç duymasına neden olmuştu. Roma mahkemeleri, sadece Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklarda yetkiliydi.

Farklı eyalet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacak özel mahkemeler olan *recuperatores*'ler, ilk defa Akdeniz eyaletlerinde, daha sonra diğer eyaletlerde kurulmuştur. Bu durum *recuperatores*'lerin kurulması bakımından eyaletler arası bir uzlaşmanın olduğunu göstermektedir³²¹. Bu nedenle tek hâkimli yargılamanın alternatifi olan uluslararası bir sivil mahkeme niteliğindeydi³²².

Devlet kontrolünde olan bu mahkemeler, Roma sınırları dışında oldukça yaygındı. Özellikle diğer usûli yolların şekilci yapısı yerine, esnek bir yargılama yapıldığı için eyaletlerde önemli bir yere sahip olmuştur³²³. Başlangıçta eyaletlerde yabancılar arasında ortaya çıkan ve acil olarak karara bağlanması gereken uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında görev yapmışlardır³²⁴. Daha sonra Roma devleti ile yabancı devlet, eyalet ve eyalet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların

³¹⁸ Jolowicz, **a.g.e.**, s. 203-205.

³¹⁹ Berger, **a.g.e.**, s. 669.

³²⁰ Dawson, **a.g.e.**, s. 21.

³²¹ Berger, **a.g.e.**, s. 669; Declareuil, **a.g.e.**, s. 63; Dawson, **a.g.e.**, s. 21.

³²² Greenidge, **a.g.e.**, s. 79; Kelly, Civil Judicature, **a.g.e.**, s. 41.

³²³ Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 51; Kaser, **a.g.e.**, s. 343; Strachan Davidson, Vol. I., **a.g.e.**, s. 221-224.

³²⁴ Cutler, **a.g.e.**, s. 126; Kaser, **a.g.e.**, s. 343; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 196; Roby, **a.g.e.**, s. 316.

çözümünde bu mahkemelere başvurulmuştur³²⁵. Görevlerinin ve önemlerinin artmasına bağlı olarak Roma vatandaşları arasında özel hukuktan doğan uyuşmazlıklara da bakmışlardır. Ancak hangi davalarda görevli oldukları ve bu mahkemelerde görev yapanlarda aranan nitelikler tam olarak bilinmemektedir³²⁶.

Bu mahkemelerin sağladığı başlıca fayda, hızlı ve şekilcilikten uzak bir yargılama yapması idi. Davaları, başladığı günden itibaren on gün içinde karara bağlaması gerektiği kabul edilirdi³²⁷. Üç ya da beş hâkimden oluşur ve bu hâkimler, *iudex*'in fonksiyonlarına sahip olarak görev yaparlardı³²⁸. İlk zamanlar vatandaşlık ayrımı yapılmayıp sıradan herhangi bir kimsenin de bu mahkemelerde hâkim olarak seçilebileceği kabul edilmişken, zamanla eyaletlerde *praetor urbanus* veya *peregrinus* tarafından hazırlanan ve özellikle senatörlerin yer aldığı listede olan kişiler arasından ve taraflarca seçilebileceği düzenlenmiştir³²⁹.

Recuperatores'ler başlıca üç görevi yerine getirirdi. Birincisi mülkiyetin ihlalden doğan zararların tazmin edilmesi, diğeri haksız fiilden doğan zararın tazmin edilmesi ve son olarak eyaletlerin kendi aralarında olan ve ayrıca Roma ile eyaletler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasıdır³³⁰. Tazminata ilişkin olan görevlerini³³¹, Roma sınırları içinde görev yapan *centumviri* mahkemelerinin yetkilerine sahip olarak yerine getirirlerdi. Ancak dava konusunun değeri bakımından bir sınırlama söz konusu idi. Dava konusunun değeri 1000 sesterzden az olan

³²⁵ Phillimore, *a.g.e.*, s. 31-32; Declareuil, *a.g.e.*, s. 63; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 196; Adam/Boyd/ Da Ponte, *a.g.e.*, s. 163.

³²⁶ Buckland, Textbook, *a.g.e.*, s. 636; Hunter, Systematic and Historical, *a.g.e.*, s. 51.

³²⁷ Buckland, Textbook, *a.g.e.*, s. 615; Roby, *a.g.e.*, s. 317.

³²⁸ Berger, *a.g.e.*, s. 669; Hunter, Systematic and Historical, *a.g.e.*, s. 5; Phillimore, *a.g.e.*, s. 31; Greenidge, *a.g.e.*, s. 79; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 196.

³²⁹ Diplomatik nitelikte görevleri bakımından siyasi tecrübesi olan kişilerin ve özellikle senatörlerin *recuperatores* olarak seçilmeleri tercih edilirdi. De Colquhoun, *a.g.e.*, s. 304; Hunter, Systematic and Historical, *a.g.e.*, s. 51; Phillimore, *a.g.e.*, s. 32; Adam/Boyd/ Da Ponte, *a.g.e.*, s. 163.

³³⁰ Patrick Mac Chombaich De Colquhoun, *A Summary of the Roman Civil Law* (London: V. and R. Stevens and Sons, 1854), s. 303-304; Abdy, *a.g.e.*, s. 66.

³³¹ Livy 43.2. ve 26.48.

uyuşmazlıklara bakabilirlerdi³³².

Gai. Inst. 4. 105 :

“Imperio uero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter ciues Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu ualent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit.”

Gai. Inst. 4. 46 :

“...RECVPERATORES SVNT. SI PARET ILLVM PATRONVM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTVM ILLIVS PRAETORIS IN IVS VOCATVM ESSE, RECVPERATORES ILLVM LIBERTVM ILLI PATRONO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNATE. SI NON PARET, ABSOLVITE...”

Gaius, 4.105, taraflardan birisinin veya *iudex*’in yabancı olması durumunda, tek hâkimin veya *recuperatores*’lerin yargılama yetkisinin *magistra*’nın sahip olduğu *imperium*’dan kaynaklandığını belirtmektedir³³³. Bu metinde *iudex*’in yabancı olabileceğinin belirtilmesi, tarafların hâkimler listesi dışından birini seçme konusunda özgür olduklarına dair tartışılabilir bir kanıt olarak değerlendirilmektedir³³⁴. Bununla birlikte Roma şehir merkezine bir milden fazla mesafede, tarafların yabancı veya vatandaş olup olmadıklarına dikkat edilmeksizin *magistra*’nın görev süresi içerisinde sahip olduğu *imperium* yetkisinden kaynaklanan *formula*’sına göre davaların

³³² De Colquhoun, **a.g.e.**, s. 303.

³³³ Dar anlamda *imperium*, bir *magistra*’ya orduyu yönetmek konusunda verilen yetkiyi ifade ederdi. Geniş anlamda *imperium* ise, siyasi liderliğin hukuksal sembolü olarak devlet idaresi bakımından, yargılama yetkisi de dâhil olmak üzere, gerekli birçok yetkinin kullanılmasını sağlardı. Greenidge, **a.g.e.**, s. 20-21.

³³⁴ Birks, **a.g.m.**, s. 51.

görülebileceğinin belirtilmiş olması, *recuperatores*'lerin görev yaptığı yerlerde yargılama yetkilerinin kaynağı ve yargılamanın şekli konusunda fikir vermektedir³³⁵. Gaius 4.46'da *recuperatores*'lere hitaben yazılmış olan *formula* örneği bunu desteklemektedir³³⁶.

2.1.2.9. *Formula* ve Hâkim

2.1.2.9.1. Genel Olarak Dava *Formula*'sı

Gaius, *formula*'ları *magistra* tarafından hâkime hitaben yazılmış talimatları içeren belgeler olarak nitelendirmiştir³³⁷. *Formula*'ların Roma hukuku bakımından büyük önemi bulunmaktadır. Zira yasal davalar (*legis actiones*) yargılaması, sözlü yargılama temeline dayanırken, *formula* yargılamasının temelini yazılı *formula*'ların oluşturması, Roma usûl hukuku ve gelişimi hakkında günümüze kadar ulaşan önemli bir kaynak sağlamaktadır³³⁸.

Davanın çeşidine göre farklılıklar gösteren ve taraflar arasında yazılı bir akit niteliğinde olan *formula*'lar ilk ortaya çıktığı dönemde uzunca bir süre örf ve âdet hukuku kuralları dikkate alınarak hazırlanan *formula*'lardı³³⁹. Ancak zamanla, *formula*'larda yapılan önemli değişikliklerle geleneksellikten uzaklaşıldı³⁴⁰.

Formula'ların bazıları Gaius'un *Institutiones*'i ile bazıları ise tahmin yoluyla belirlenmiştir³⁴¹. Önceleri her hakka karşılık gelecek şekilde *formula*'lar yapıldı. Daha

³³⁵ Sohm, **a.g.e.**, s. 168-169.

³³⁶ *Formula* yargılamasının ortaya çıkışının asıl nedeni, yasal davalar yargılamasının Roma'da yasayan ancak Roma yurttaşı olmayan yabancılara uygulanamamasıydı. Bu eksiklik, *formula* yargılaması ile giderilmiştir. Bu nedenle *recuperatores*'lerin davaları *formula* yargılamasının genel kurallarına göre görmeleri doğaldır. Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 292.

³³⁷ Gai. Inst. 4.30.

³³⁸ O. E. Tellegen-Couperus, "The Role of the Judge in the Formulary Procedure," **The Journal of Legal History**, Vol. 22, No: 2: 1-13, (2001), s. 1-2; Kocourek, **a.g.m.**, s. 437; Sohm, **a.g.e.**, s.163 ve 176; Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 610.

³³⁹ Sohm, **a.g.e.**, s. 175.

³⁴⁰ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 630; Villey, **a.g.e.**, s. 9.

³⁴¹ Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 261.

sonraları ise birden fazla hakkı içine alacak şekilde genel *formula*'lar yapılmıştır³⁴².

Formula'nın hazırlanması ve davanın hâkim önüne getirilmesinden sonraki aşamada, davanın sınırları önceden çizilmiş olduğundan yargılama süreci daha basit bir şekilde işlerdi. Bu usûlde yargılamanın yürütülebilmesi için, tarafların hâkim önünde hazır bulunmaları zorunlu değildi³⁴³. Davacı, hâkim önündeki aşamaya gelmezse, davayı kaybetmiş sayılırdı. Davalı gelmezse, davacının iddialarının doğru olduğu kabul edilir ve davalı, dava *formula*'sında belirtilmiş olan miktara mahkûm edilirdi. Sözlü olarak gerçekleştirilen bu aşamada hâkim, tarafların iddia ve savunmalarını dinledikten sonra bunları değerlendirir ve davalıyı mahkûm etme ya da beraat ettirme yönünde bir karar verirdi³⁴⁴. Hâkim, kararını verirken tarafların iddialarını ispat için ileri sürdükleri delilleri de dikkate alırdı³⁴⁵.

Hâkim, hukuk kurallarını bizzat değerlendirmek zorundaydı ve hukuku kendiliğinden uygulardı. Dava *formula*'sı ve taraf beyanlarıyla bağlı olduğundan, davacının tamamen haklı ya da tamamen haksız olduğu yönünde karar verirdi³⁴⁶. Kararın sözlü olarak taraflara bildirilmesi ilk zamanlar kabul edilmişken, daha sonra ispat açısından kararın yazılı olması şartı getirilmiştir³⁴⁷. Hâkimin kararı *res iudicata* yani kesin hüküm oluşturduğundan aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak yeniden dava açılamazdı. Bu kural Roma medenî usûl hukukunda, “*bis de eadem re ne sit actio*”

³⁴² Ventura, **a.g.e.**, s. 201.

³⁴³ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 636.

³⁴⁴ Johnston, **a.g.e.**, s. 113; Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 636; Kaser, **a.g.e.**, s. 352-353; Türkoğlu Özdemir, **a.g.m.**, s. 180-183 ve 189.

³⁴⁵ Bir davada ispat yükünün hangi tarafın üzerinde olduğu belirlenirken, Roma hukukunun ispata ilişkin olan genel kurallarından hareket edilirdi. Bu kurallar Dig. 22.3.2., “İspat yükü, inkâr eden üzerinde değil, iddia eden üzerindedir.” Dig. 44.1.1., “Bir davada iddiayı reddeden ve yeni iddialarda bulunan taraf, davacı gibidir.” Dig. 22.3.19pr., “Savunma yapan davalı, davacı gibi hareket etmeli ve iddiasını ispat etmelidir.” şeklinde belirtildiğinden asıl ispat yükünün davacının üzerinde olduğu, buna karşılık savunma sırasında davalı yeni iddialarda bulunursa ispat yükünün onun üzerinde olacağı anlaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için, bkz., Küçükgüngör, İspat, **a.g.m.**, s. 478-497.

³⁴⁶ Leopold Wenger, **Institutes of the Roman Law of Civil Procedure** Çev. H. O. Fisk (New York: Liberal Arts Press, 1940) s. 97; Kaser, **a.g.e.**, s. 352.

³⁴⁷ Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 308; Buckland/Mc Nair, **a.g.e.**, s. 336.

olarak yer almıştır³⁴⁸.

Formula yargılamasının ve hâkimin yargılamadaki fonksiyonlarının tam olarak anlaşılabilmesi için, dava *formula*'sının özelliklerinin bilinmesi gerekir. Gai. Inst. 4.39'da belirtildiği gibi, dava *formula*'sının dört aslî bölümü bulunmaktaydı³⁴⁹. Bunlar *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio*, *condemnatio* idi³⁵⁰. Bu bölümlerden önce, *formula*'nın ilk cümlesinde aslî ve bağımsız bir bölümü olmayan, “davanın hâkimi” belirtilirdi (*nominatio iudicis*).

2.1.2.9.2. *Nominatio Iudicis* ve Hâkimsiz *Formula* Olabileceği Fikri

Dava *formula*'sı davanın esasını görecek olan, tarafların üzerinde anlaştıkları hâkime hitap eden bir cümle ile başlardı (*nominatio iudicis*). Bu cümle bir anlamda tarafların üzerinde anlaştıkları özel kişi veya kişilerin davanın görülmesi için *magistra* tarafından yetkilendirildiği anlamını taşırdı³⁵¹.

Nominatio, dava *formula*'sının bir bölümü değildir. “*Titius iudex esto*” yani “*Titius hâkim olsun*” gibi bir cümledir ve bu cümleden sonra, *formula*'nın bölümleri başlar. Bu nedenle, *nominatio*'yu dava *formula*'sının aslî bölümleri içinde kabul etmek doğru değildir. Her dava *formula*'sı bakımından mutlaka bulunması gereken bir cümle olup olmadığı özellikle *Lex Irnitana* adlı kanunun keşfedilmesi ile tartışmalı hale

³⁴⁸ “Kesinleşmiş hüküm gerçeği ifade eder. (*res iudicata pro veritate accipitur*)” anlayışının sonucu olarak getirilen bu kurala rağmen taraflar aynı konuda dava açmak istediklerinde *praetor* davalıya kesin hüküm def'i (*exceptio iudicatae*) imkânı tanıyarak davayı reddederdi. Dolayısıyla böyle bir def'i ile karşılaşacağını bilen kişi, aynı konuda ikinci defa dava açmazdı.” Di Marzo, **a.g.e.**, s. 126-127; Honig, **a.g.e.**, s. 119; Ventura, **a.g.e.**, s. 197; Schwarz, **a.g.e.**, s. 290; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 260, 278-283; Tahiroğlu/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 27-28, dn.28; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 304 vd.

³⁴⁹ Gai. Inst. 4.39 : “*Partes autem formularum hae sunt: demonstratio intentio adiudicatio condemnatio*”

³⁵⁰ “Bir kısmın aslî ya da istisnai olduğunu, her dava *formula*'sında bulunup bulunmadığına göre değil, üstlendiği işleve göre belirtmek gerekir. Zira *intentio* dışındaki diğer kısımlar, her dava *formula*'sında bulunmamaktadır. Ayrıca, def'i (*exceptio*) denilen dava *formula*'sının istisnai kısmı, davadaki savunmalara göre, niteliği gereği pek çok davada bulunabilirdi.” Türkoğlu Özdemir, **a.g.m.**, s. 196.

³⁵¹ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 647.

gelmiştir³⁵².

Hâkimsiz *formula* ya da hâkim ismi belirtmeksizin *formula* hazırlanabileceği, *magistra* önündeki aşamanın ikiye bölünebileceği ve hâkimin atanması işleminin *formula*'nın hazırlanmasından fakat davanın görülmesinden önceki bir aşamada gerçekleştirilebileceği fikrine dayanır. Teorik olarak bunun mümkün olmadığını belirtenlerin karşısında, uygulama bakımından mümkün olabileceğini savunanlar yer alır³⁵³.

Dig. 5.1.28.4

Paulus 17 ad plaut.

“*Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur.*”

Paulus’a ait yukarıdaki metin, hâkimsiz *formula* olabileceği fikrini savunanların başlıca dayanak noktasıdır. Zira burada *praetor*’un Roma sınırları içinde ikamet etmeyen bir kimseye karşı, geçerli bir sebep gösterilerek *litis contestatio*’ya eklenen bir hükümle, eyalet mahkemesinde dava açılabilmesi belirtilmektedir. Eyaletlerde görev yapan hâkim veya hâkimler Roma sınırları içerisinde bulunmadığından zorunlu olarak isim belirtilemeyeceği ileri sürülmektedir³⁵⁴.

Bunun dışında hâkimin yokluğunda atanmasının yapılmasının ortaya çıkardığı önemli sakıncalar vurgulanmaktadır. Gerek taraflar gerekse de hâkim bakımından ortaya çıkan sakıncalar, dava öncesinde tarafların ve hâkimin bir araya gelmesiyle veya *magistra* önündeki ikinci bir aşamada, seçilen hâkim veya hâkimlerin görevi yerine getiremeyeceklerine ilişkin mazeretlerini³⁵⁵ bildirmek için hazır bulunmaları ile giderilebilir. Bu nedenle seçilen hâkimin isminin *formula*’da belirtilerek kesin olarak

³⁵² Türkoğlu Özdemir, **a.g.m.**, s. 196.

³⁵³ Metzger, Civil Trial, **a.g.e.**, s. 71-72.

³⁵⁴ **Aynı**, s. 72, dn. 29.

³⁵⁵ Dig. 50.5.13.3

yetkilendirilmesi bir zorunluluk olmamalıdır³⁵⁶.

Buna karşılık, *magistra* önündeki aşamanın bölünememesi ve bu aşamayı sona erdiren uyuşmazlığın tespiti (*litis contestatio*) devlet yargılamasının taraflarca kabul edildiğini gösteren bir sözleşme niteliğinde olması, hâkimin atamasının daha sonraki bir aşamaya bırakılamayacağını ileri sürenlerin dayandığı görüşlerdir³⁵⁷. Bir başka görüş ise, *formula*'da yazılı talimatlar hâkime hitaben yazıldığından, hâkimin mutlaka *formula*'da belirtilmiş olması gerekliliğini savunur³⁵⁸.

2.1.2.9.3. *Formula*'nın Bölümleri ve Hâkim İçin Bağlayıcılığı

“*Demonstratio*” denilen bölümde davacının davasına dayanak yaptığı uyuşmazlık konusu olay anlatılır³⁵⁹. Dava açılmasına neden olan olay vurgulandığı için *formula*'nın başında yer alır. Örneğin, “davacı davalıya kölesini satmıştır” ya da “davacı davalıya iki çuval arpasını vedia olarak bırakmıştır” şeklinde belirtilen ifadeler uyuşmazlık konusu olayı anlatmaktadır.

Daha sonra dava *formula*'larının en önemli kısmı, davacının iddiasının ileri sürüldüğü “*intentio*” yer alırdı³⁶⁰. Bu kısım, davanın özelliklerine göre değişiklikler taşısa bile, bütün dava *formula*'larında bulunurdu³⁶¹. *Intentio* ile davacının dava ile ne elde etmek istediği tam olarak vurgulanırdı. Hâkimin davada asıl olarak davacının talebinin haklılığını inceleyeceği düşünülürse bu bölümün davanın temelini ifade ettiği söylenebilir³⁶². Örneğin, “davacının, davalıya 200 sesterz vermeye borçlu olduğu sabit olursa” ya da “ bu malın *ius civile*'ye göre davacıya ait olduğu sabit olursa” şeklindeki ifadeler bu bölüm için kullanılırdı.

³⁵⁶ Metzger, *Civil Trial*, **a.g.e.**, s. 72-73, dn. 31-32.

³⁵⁷ **Aynı**, s.73, dn. 34-35.

³⁵⁸ Sohm, **a.g.e.**, s.168.

³⁵⁹ Gai. Inst. 4.40, *Demonstratio* (tasvir)

³⁶⁰ Gai. Inst. 4.41, *Intentio* (talep)

³⁶¹ Sohm, **a.g.e.**, s.179; Buckland, *Textbook*, **a.g.e.**, s. 651-652; Phillimore, **a.g.e.**, s. 37-44; Kocourek, **a.g.m.**, s. 435.

³⁶² Türkoğlu Özdemir, **a.g.m.**, s. 197.

Adiudicatio ise *actio familiae erciscundae*, *actio communi dividundo* ve *actio finium regundorum* olarak adlandırılan üç tür taksim davasına (terekenin taksimi, şirket mallarının taksimi ve sınır tanzimi) özgü olan kısımdı³⁶³. Dava konusu yapılan mal veya malların mülkiyetinin taraflara tahsis edilmesi için hâkime yetki verirdi³⁶⁴. Örneğin, “ne miktar mülkiyet tahsis etmek gerekiyorsa, ey hâkim...tahsis et” şeklindeki bir ifade bu bölüm için kullanılırdı.

Formula’nın son bölümü olan “*condemnatio*”, *intentio*’da belirtilene bağlı kalarak hâkime mahkûm etmesi veya beraat etmesi konusunda yetki veren kısımdı³⁶⁵. Örneğin, “ey hâkim, sabit olursa, davalıyı davacıya 200 sesterz ödemeye mahkûm et, sabit olmazsa beraat ettir.”

Formula yargılamasında, davanın sonucu bakımından önemli etkilerde bulunan *exceptio*’lar (def’î), *formula*’nın istisnâ kısmı olarak nitelendirilebilir. *Magistra*’lar, *exceptio*’ları, *ius civile*’nin hükümlerini yumuşatmak için kabul etmişlerdi³⁶⁶. *Magistra*, dava *formula*’sına, gerekli gördüğü takdirde, davalının yararına olacak şekilde def’i ekleyebilirdi³⁶⁷. *Formula* metninde *intentio* ve *condemnatio* bölümleri arasında yer alan def’i (*exceptio*) ile davalı, başka olaylar ilave ederek, davacının ileri sürdüğü iddiaların

³⁶³ Gai. Inst. 4.42, *Adiudicatio* hakkında bilgi vermektedir.

³⁶⁴ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 120.

³⁶⁵ Gai. Inst. 4.43, *Condemnatio* (mahkûm etme) hakkında bilgi vermektedir.

³⁶⁶ Gai. Inst. 4.116 : “*Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari...*” yani “*Exceptio*’lar bir dava da davalıların korunması için tanınmışlardır. Zira, bazen *ius civile* bakımından borçlu olan bir kimsenin mahkûm edilmesi hakkaniyete aykırı düşmektedir.” şeklinde belirtilmektedir. Gaius, burada *exceptio*’ların, *ius civile*’nin katı şekilciliği karşısında ortaya çıkabilen bazı hakkaniyete aykırı durumların ortadan kaldırılması zorunluluğu ihtiyacı ile davalı taraf için tanınmış olduğundan söz etmektedir. Gai. Inst. 4.116’da, borçlu davalılar yani *in personam* davaların davalıları için böyle bir olanak tanındığı gibi bir sonuç çıksa da, Gai. Inst. 4.117’ de aynı davalar bakımından da *exceptio*’ların ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Gai. Inst. 4.117 : “*In his quoque actionibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent.*” yani “*In personam* olmayan davalarda da *exceptio* ileri sürülebilir.”

³⁶⁷ Yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasında, def’ilere rastlanılmazdı. Zira Roma hukukunda *exceptio* yani def’î, *formula* yargılamasında *praetor*’ların, *ius civile* kuralları karşısında getirdikleri en önemli savunma araçlarından biridir. Schwarz, **a.g.e.**, s. 304.

sonuçlarını ortadan kaldıracak başka bir hukukî durumun var olduğunu ileri sürerdi³⁶⁸. *Exceptio, formula* yargılamasında davalının kendisini daha iyi savunmasını sağlayan ve haksız yere mahkûm edilmesini önleyen ve bu nedenle yargılama sonunda gerçeğe ulaşılmasını sağlayan önemli bir bölümdür³⁶⁹. Davalının, ileri sürdüğü def'isinin doğruluğunu kanıtlaması durumunda hâkim beraat kararı verirdi. Örneğin, “davacının, *stipulatio* mucibince 100 sesterz alacağı olduğu sabit olursa onu mahkûm et; yeter ki *stipulatio*'yu hile ile yaptırmış olmasın” ifadesinde *formula*'ya, hile def'i (*exceptio doli*) eklenmiştir³⁷⁰.

Bir başka istisnaî kısım ise *magistra* tarafından davacı veya davalı lehine olacak şekilde yazılmış bir açıklama cümlesi olan³⁷¹ ve hâkimin isminden hemen sonra ihtirazi kayıt olarak da ifade edilebilen *praescriptio* idi³⁷². Örneğin, taksitler halinde ödenmesi gereken bir borcun bulunması halinde, bazı taksitlerin vadesi dolmamışsa *magistra*'nın davalı lehine olacak şekilde “vadesi gelmiş taksitler için dava olunsun” şeklinde kullandığı ifade ile vadesi gelmemiş taksitler için dava açılmamasını sağlardı.

Formula'nın emredici kısmı olan *condemnatio* üzerinde özellikle durulmalıdır. *Formula*'nın bu bölümünde, davanın aynî ya da şahsî nitelikte olup olmadığı da³⁷³ açık

³⁶⁸ Wenger, *a.g.e.*, s. 158-159; Buckland, Textbook, *a.g.e.*, s. 655; Umur, Hakların Himayesi, *a.g.e.*, s. 265.

³⁶⁹ Schulz, Classical, *a.g.e.*, s. 54-55; Buckland, Textbook, *a.g.e.*, s. 653-654.

³⁷⁰ Tahiroğlu/Erdoğan, Roma, *a.g.e.*, s. 236.

³⁷¹ Berger, *a.g.e.*, s. 645; Di Marzo, *a.g.e.*, s. 123-124.

³⁷² Gai. Inst. 4.130-133.

³⁷³ Iust. Inst. 4.6.1.'de aynî ya da şahsî nitelikte dava ayrımı açık bir biçimde ifade edilmektedir. Buna göre, “Hâkimler veya hakemler huzuruna getirilmiş herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin bütün davalar bir ana sınıflandırma ile ikiye ayrılırlar: ya aynîdirler, ya şahsîdirler. Bir kimse, bir sözleşme veya bir haksız fiil ile kendisine borçlu olan kimseye karşı dava açabilir. Bu durumda açılan davalar şahsîdir ve bu dava ile borçlu olan davalı kimsenin davayı açana bir şey vermek, bir şey yapmak veya buna benzer şekilde borç altında olduğu anlaşılır. Ya da bir kimse kendisine hiçbir şey borçlu olmadığı halde, bir kimseyi herhangi bir mal üzerinden doğan bir uyuşmazlıktan dolayı dava edebilir. Bu takdirde açılan davalar aynîdir. Örneğin, bir kimse maddî bir şeyin zilyedi iken, Titius o şeyin kendisine ait olduğunu ileri sürerse ve zilyet olan, malın sahibinin kendisi olduğunu söylerse: Titius'un bu iddiasından doğan dava, aynî bir davadır.”

bir şekilde belirtilirdi³⁷⁴. Ancak, talebin niteliğinin aynî olup olmadığına dikkat edilmeksizin davalı, malın aynen iadesine değil, bir miktar paraya mahkûm edilirdi. Burada hâkimin vereceği mahkûmiyet kararının sınırları çizilmiştir ve mutlaka paraya ilişkin olması gerekirdi. Buna *condemnatio pecuniaria* denilmektedir³⁷⁵. Hâkim davalıyı ancak *condemnatio*'da gösterilmiş olan miktar kadar parayı ödemeye mahkûm edebilir. Bu miktardan daha azına ya da daha çoğuna mahkûm etmesi mümkün değildir. Aksi halde, davanın hâkimi sorumlu tutulurdu³⁷⁶. Bu nedenle hâkimin, dava *formula*'sına uygun şekilde yargılama yaparken dikkat etmesi gereken konuların başında mahkûmiyet kararını *condemnatio* kısmında belirtildiği şekilde vermesi gelirdi³⁷⁷.

Gai. Inst. 4.48:

“...itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ispat rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat; sed aestimata re pecuniam eum condemnat.”

Gai. Inst. 4.48:

“Arazi, köle, elbise, bir miktar altın veya gümüş gibi şeyleri talep ettiğimiz zaman hâkim eskiden olduğu gibi o şeye mahkûm etmez fakat o şeyin kıymetini takdir ettikten sonra bir miktar paraya mahkûm eder.”

Formula yargılamasında, özellikle mülkiyet hakkı ihlal edilen davacı ile taksim davası ile malın paylaşılmasını talep eden davacı tam olarak korunmamaktaydı. Zira mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olması zorunluluğu, davacının aynî talebi ile davadan beklediği sonuçları elde edememesine neden olurdu. Bu nedenle *formula*'nın

³⁷⁴ Metzger, **a.g.m.**, s. 218.

³⁷⁵ *Actiones praeiudiciales* denilen, bir kişinin ya da malvarlığının hukukî durumunu önceden tespit etmeyi sağlayan tespit davalarında *condemnatio* bulunmazdı. Nicholas, **a.g.e.**, s. 101; Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 634; Declareuil, **a.g.e.**, s. 80.

³⁷⁶ Jolowicz/Nicholas, **a.g.e.**, s. 186; Kelly, Civil Judicature, **a.g.e.**, s. 29; Phillimore, **a.g.e.**, s. 46; Burdick, **a.g.e.**, s. 653-654; Declareuil, **a.g.e.**, s. 84.

³⁷⁷ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 639.

condemnatio'suna, "*clausula arbitraria*" eklenirdi. Eklenen bu kayıt "seçmeli şart" olarak da adlandırılırdı³⁷⁸. Burada hâkime, öncelikle dava konusu malın iadesini teklif etmesi, davalı bunu kabul etmezse takdir edilecek paraya mahkûm etmesi emredilirdi. Yani *clausula arbitraria* ile bir anlamda davalıya iki seçenek sunulurdu; malın aynen iadesi, kabul etmezse takdir edilen paraydı. Davalının aynen iade emrine uyma gibi bir yükümlülüğü bulunmadığından bu konuda keyfi hareket etmesi mümkündü³⁷⁹. Davalının bu konudaki serbestliğine karşı sınırlandırıcı bir düzenleme olarak malın değerinin, dürüst hareket edeceğine dair yemin ettirilerek (*iusiurandum ad litem*), davacı tarafından tespit edilmesi getirilmiştir. Bu durumda hâkim, davalıyı, davacının belirlediği miktarda paraya mahkûm edecektir. Malın değerinin davacı tarafından tespit edilmesi ise davalının menfaatine ters düşeceğinden aynen iadeye zorlanmış olurdu³⁸⁰.

Formula'nın hâkim için bağlayıcılık taşımasının *magistra* önündeki aşamayı sona erdiren *litis contestatio*'dan (uyuşmazlığın saptanması) kaynaklandığı belirtilebilir. *Formula* yargılamasında *litis contestatio* gerçek bir anlaşma niteliğindeydi ve *litis contestatio* ile tarafların çekişmeli konuların ne olduğu konusunda anlaşmaları, davanın konusu üzerinde anlaştıkları anlamını taşırdı³⁸¹. *Litis contestatio*'da esas olan, yapılan işlerin ve hareketlerin, söylenen sözlerin bulunanların şahitliğinde tespit edilmesi idi. Böyle bir tespitten sonra hâkim önündeki aşamaya geçildiğinde, *magistra* önündeki aşamada yapılan bu tespitlere, yani yapılan işlemler ve hareketlere, söylenen sözlere, *litis contestatio*'da belirtildiği şekilde hâkimin bağlı kalma zorunluluğu vardı. Taraflar hâkime bildirecekleri olayları kesin bir biçimde anlatmış olduklarından, *litis contestatio*'nun yapılmasından sonra hâkimin vereceği karara bağlı kalmayı taahhüt etmiş olurlardı³⁸². *Litis contestatio*'dan sonra ortaya çıkan durumlar, hâkimin dava *formula*'sına sıkı sıkıya bağlı olması kuralı gereği dava sırasında dikkate alınmazdı³⁸³.

³⁷⁸ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 304; Schwarz, **a.g.e.**, s. 303.

³⁷⁹ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku** (İkinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s. 223-224; Schwarz, **a.g.e.**, s. 303.

³⁸⁰ Karadeniz Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 223; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 37.

³⁸¹ Türkoğlu Özdemir, **a.g.m.**, s. 183.

³⁸² Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 640; Kaser, **a.g.e.**, s. 344-345; Wenger, **a.g.e.**, s. 131.

³⁸³ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 306.

Hâkim *litis contestatio*'da belirtilenlerle sınırlı kalmak üzere³⁸⁴ ve herhangi bir şekle bağlı kalmaksızın tarafların karşılıklı iddialarını dinleyerek karar verirdi³⁸⁵.

Formula, kamu otoritesi tarafından düzenlenmiş bir yetki belgesi olarak belirtilebilir. *Magistra*'nın dava öncesinde hazırlamış olduğu *formula*'nın, onun hâkimin üstünde bir yargı organı olduğunun göstergesi olarak kabul edilebileceği teorik bir düşüncedir. Davanın görülmesi sırasında herhangi bir şekilde *magistra*'nın davaya müdahale edecek konumda olmamasına rağmen, onun hazırladığı *formula* metnine bağlı kalmak hâkim için bir yükümlülüktür. Yargılamada *magistra*'nın aynı zamanda devleti temsil eden bir organ olması ve ayrıca davanın görülmesinden önce etkili bir fonksiyona sahip olması, hâkimin dava *formula*'sı ile sıkı sıkıya bağlı olmasının temelinde yer alan neden olarak belirtilebilir³⁸⁶.

Formula ile bağlı olan hâkimin, takdir yetkisini ancak *formula*'da belirtilen sınırlar içerisinde kullanabilirdi. Zira çoğu hukukçu olmayan kişilere geniş bir takdir hakkı tanınması olumsuz sonuçlar doğurabilirdi³⁸⁷. Bu nedenle *formula* yargılamasında her ne kadar kesin hükmü veren hâkim olsa da, devletin otoritesi ve zorlaması hükmün nasıl verileceğini belirlediği için, kesin hükmün iki farklı otoritenin iradelerinin bir sonucu olduğu ifade edilebilir.

Formula'nın hâkim için taşıdığı anlam ve onun takdir yetkisini sınırlayıcı niteliği, dava sırasında hâkimin önemli bir fonksiyona sahip olmadığı düşüncesinin oluşmasına neden olabilir. Hâkimin, hukuksal konuları dikkate almaksızın sadece uyuşmazlık konusu olayı değerlendirerek karar vermesi, hukukçu veya hukuk bilgisine sahip bir kişi olmaması ve verilen kararların benzer olaylar için bağlayıcılık taşıması dava sırasında hâkimin önemli bir fonksiyona sahip olmadığını ileri sürenlerin

³⁸⁴ Wenger, **a.g.e.**, s. 184.

³⁸⁵ Taraflar hâkimi iknâ etmek için çeşitli ispat vasıtalarını kullanabilirlerdi. İspata yarayan başlıca deliller, tanık ve yazılı delillerdi. Ancak yasal davalar yargılamasında yazılı delil ile ispat, tanık ile ispattan daha sonraları ortaya çıkmıştır. Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 234-235; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 130; Küçükgüngör, İspat, **a.g.m.**, s. 480-482.

³⁸⁶ Sohm, **a.g.e.**, s.165; Kocourek, **a.g.m.**, s. 438.

³⁸⁷ Sohm, **a.g.e.**, s.177; Berger, **a.g.e.**, s. 518.

görüşleridir³⁸⁸. Ancak, bu görüşler çeşitli nedenlerle kabul edilebilir görünmemektedir. Öncelikle, uyuşmazlık konusu yapılan maddî olayların, ilgili oldukları hukuksal konulardan ayrı olarak değerlendirilmesi yapılamaz. Zaten, *magistra* önündeki aşamada tüm hukuksal konuların ele alınıp değerlendirilmiş olduğu da düşünülemez³⁸⁹. Bu nedenle hâkimin sadece olay değerlendirmesi yaparak karar verdiği kabul edilemez. Diğer bir görüş, hâkimin hukukçu niteliğinin bulunmadığı doğru olsa bile, hâkim olabilecek kişilerin sosyal, siyasal ve ekonomik statülerine göre dâhil oldukları sınıflar dikkate alınarak seçildikleri ve ayrıca eksik olan hukuk bilgilerinin hukukçular tarafından tamamlandığı düşünüldüğünde, hâkimlerin hukuk kurallarını dikkate almadan yargılama yapacak kimseler olmadıkları anlaşılmaktadır³⁹⁰. Başka bir ifade ile hukukçu-hukukçu olmayan hâkim ayrımı, hukuk kurallarını dikkate alan ya da almayan hâkim olarak algılanmamalıdır. Son olarak her hâkim benzer konulu olsa dahi, özel olarak belirli bir dava için atandığından, kendisinden önceki hâkimlerin kararlarının bağlayıcılık taşıması doğaldır. Zaten Roma özel yargılama sisteminde kararların kayıt altına alınması ve arşivlenmesi söz konusu değildi³⁹¹.

³⁸⁸ Tellegen-Couperus, **a.g.m.**, s. 1.

³⁸⁹ Kocourek, **a.g.m.**, s. 439.

³⁹⁰ Tellegen-Couperus, **a.g.m.**, s. 2-5.

³⁹¹ Roma hukukunda kayıt altına alınan mahkeme kararlarına sistem dışı yargılama ile birlikte rastlanılır. Hâkim, taraflar ve vekilleri ile bu kişilerin beyanlarının yer aldığı mahkeme kayıtlarının günümüze kadar ulaşan az sayıda örneklerinin bir bölümü Mısır ve Afrika'da bulunmuştur. Mahkeme kararlarından farklı olarak, hukukçuların görüşlerinin kayıt altına alınmasının ise ilk olarak M.Ö. 2. yüzyılın ortalarından itibaren P. Mucius Scaevola ve M. Iunius Brutus gibi hukukçuların *responsa*'larını kayıt altına almaları ile başladığı bilinmektedir. Ancak kayıt altına alınan bu görüşlerin sonraki dönem hukukçuları tarafından dikkate alındığı kesin olarak belirtilemez. Kayıt altına alınan *responsa*'lar, Roma hukuku uygulamasını yansıtmaktadır. Bu nedenle, Roma hukukunun başlıca kaynaklarından olan Iustinianus'un kodifikasyonunda Klasik dönem hukukçularının görüş ve düşünceleri yer almıştır. Harries, **a.g.e.**, s. 99; Hadley, **a.g.e.**, s. 62; Tellegen-Couperus, **a.g.m.**, 2-5.

3. SİSTEM DIŞI YARGILAMADA HÂKİM

3.1. Roma Ceza Usûl Hukukunda Hâkimler

Cumhuriyet döneminde itibaren yeni mahkemelere özellikle ceza davaları bakımından ihtiyaç duyulmaktaydı. Sonraki dönemlerde ise yeni mahkemelerin kurulmasında, Cumhuriyet döneminde kurulan ceza mahkemelerinde davaların katı bir şekilcilik anlayışı ile görülmesi ve önceden kanunlarla yaptırımların kesin ve değiştirilemez bir biçimde belirlenmiş olması ile cezai yaptırımın takdiri konusunda hâkimin sınırlandırılması etkili olmuştur. Diğer taraftan suç isnat edilen kişinin kendisini yeterince savunamaması ve görev yapan hâkimlerin yeterli uzmanlıklarının bulunmaması bu dönemde ceza yargısının eksiklikleri arasında yer alırdı³⁹².

Özel yargılama sistemi içinde oluşturulan ve Roma ceza hukukunun gelişiminde önemli bir yere sahip olan sürekli ceza mahkemeleri (*quaestiones perpetuae*) M.S. 2. yüzyılın sonuna kadar varlığını sürdürmüş ancak sistem dışı yargılamanın yaygın biçimde uygulanmaya başlaması ile önemi oldukça azalmıştı³⁹³. İlk İmparatorluk döneminde ceza hukuku bakımından sistem dışı yargılama kuralları geçerli olmaya başlayınca M.S. 3. yüzyıldan itibaren sürekli ceza mahkemeleri (*quaestiones perpetuae*) usûlü ortadan kalkmıştır³⁹⁴.

Sistem dışı yargılamanın kabulünden önce, Roma İmparatorluğu'nun eyalet şehirlerinde mahkemeler, “kendi yasalarını uygulama (*ius suis legibus uti*)” esasına göre hareket ederler ve Roma egemenliğine tabi olmadan önce geçerli olan kendi hukuklarına göre karar verirlerdi³⁹⁵. Adâlet işlerinde *magistra*'nın sahip olduğu yetki

³⁹² Dawson, **a.g.e.**, s. 31.

³⁹³ “Roma hukukunda sürekli ceza mahkemelerinin son örneği, *Lex Julia de Adulteriis* adlı kanuna göre oluşturulan *questio de adulteriis* adlı mahkemelerdi.” Richard Alexander Bauman, “Leges Iudiciorum Publicorum,” **Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt**, Vol. 2., No. 13: 103-233, (1980), s. 130.

³⁹⁴ Bauman, **a.g.e.**, s. 23; Ayiter, **a.g.m.**, s. 355; Türkoğlu Özdemir, **a.g.e.**, s. 78.

³⁹⁵ Roma'nın en büyük siyasal genişlemesi sırasında M.Ö. III. ve I. yüzyıllarda, egemenliği altında bulunan eyaletlerde Roma vatandaşı olmayanlara, kendi hukuk düzenlerini ve ilkelerini uygulama izni verilmiştir. Roma'nın isteği ve tek taraflı kararı ile *suis legibus uti* (kendi yasalarını uygulama) yetkisine sahip olan şehir devletlerinde, yabancılara ait hukuk sistemlerinin korunması, hukukî anlamda bu devletlerin tam olarak bağımsız oldukları anlamına gelmezdi. Zira bu hukuk sistemlerinin geçerliliği ve

eyaletlerde de geçerli idi. Ayrıca idari ve yargısal işler bakımından görevlendirilmiş *praefectus* denilen valiler ve *praefectus*'ların adâlet işlerini görmeleri için yetkilendirdiği *legatus*'lar³⁹⁶ eyaletlerin yargı işlerinde görevli başlıca kişi ve makamlardı³⁹⁷. Eyaletlerde *quaestio* usûlü bulunmamakla birlikte, adâlet işlerinde ve yargılamada en yetkili makam konumunda olan *praefectus*'un başkanı olduğu bir heyetin ceza davalarında karar vermesi ve yabancıların, *comitia*'ya benzeyen danışma organı niteliğinde bir meclise verilen kararlar ilgili başvuru imkânının bulunması ile benzer bir usûl uygulanırdı³⁹⁸.

Sistem dışı yargılamanın geçerlilik kazanması ile birlikte, İlk İmparatorluk döneminde *princeps*'in sahip olduğu yargılama yetkisinin vekâleten kendilerine bırakıldığı imparatorluk memurlarından oluşan *princeps* mahkemeleri, *magistra*'nın cezalandırma yetkisini belli oranda üstlenmiş ve bu mahkemelerin sahip olduğu yetkiler zamanla genişletilerek Roma egemenliğinde bulunan tüm vatandaşlara uygulanmaya başlamıştır³⁹⁹. Roma hukukunda, eyaletlerde ve Roma'da uygulanan farklı hukuk kurallarının ortaya çıkardığı ikililik, özellikle Roma topraklarında yaşayan herkese M.S. 212 yılında yurttaşlık tanınması ve sistem dışı yargılamanın kabulü ile ortadan kaldırılmak istenmiştir. Roma ceza hukuku alanında M.S. 284-305 yıllarına yani Diocletianus'a kadar *questiones* ile *princeps* mahkemeleri Roma ceza yargılamasında birlikte yer almış iken zamanla *princeps* mahkemeleri sistem dışı yargılamada tek yetkili mahkemeler olmuştur⁴⁰⁰.

Bu mahkemelerde, hâkimlerin görevli olduğu davalar önceden belirlendiği gibi, yetkileri de aynı şekilde önceden düzenlenmiştir. Hâkimler, artık *quaestiones perpetuae* yani sürekli ceza mahkemelerinde uygulanan kurallara tabi değildi. Bu

devamlılığı Roma'nın egemenliğine bağlıydı. Luigi Capogrossi Colognesi, "Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik," Çev. Özcan Çelebican, *AÜHFD*, Cilt no 43, Sayı no 1-4: 299-313, (1993), s. 303-304.

³⁹⁶ "İmparatora ait yargılama yetkisini doğrudan doğruya temsil etmek üzere, bir imparatorluk eyaletine veya bir bölgeye, yargı işleri ile uğraşmak üzere gönderilen kişilerdir." Umur, Lügat, *a.g.e.*, s. 108.

³⁹⁷ Ayiter, *a.g.m.*, s. 355; Umur, Lügat, *a.g.e.*, s.108 ve 165.

³⁹⁸ Kunkel, *a.g.e.*, s. 66-67.

³⁹⁹ Türkoğlu Özdemir, Infamia, *a.g.e.*, s. 78.

⁴⁰⁰ Nasmith, *a.g.e.*, s. 122-124; Ayiter, *a.g.m.*, s. 358-359.

anlamda ceza yargılamasının daha liberal bir karaktere sahip olmaya başladığı kabul edilebilir⁴⁰¹. Hâkimin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu sistem dışı yargılamada, ceza davasına konu olan olayın soruşturulması ve delillerin toplanması görevleri imparatorluk memurlarına verilmişti. Mahkemenin memur niteliğinde olan hâkimleri, suç işleme iradesinin ne ölçüde var olduğu, ortaya çıkan zararın niteliği, suçun tekrarı ve tahrik gibi objektif ve subjektif unsurları serbestçe takdir ederdi⁴⁰².

3.2. Roma Medenî Usûl Hukukunda Hâkim

Cumhuriyet döneminin sona ermesi ile Roma siyasi tarihinde İlk İmparatorluk (Principatus dönemi) olarak adlandırılan yeni bir döneme girilmiştir. Ceza hukuku alanında başlayan ve daha sonra tüm yargılama hukuku üzerinde etkili olan yeni bir sistemin gelişim sürecinin başlangıcı bu dönemde gerçekleşmiştir⁴⁰³.

Bu dönemde *princeps* denilen imparator tüm kamusal işlerde tek otorite idi⁴⁰⁴. Augustus ve sonrasında diğer imparatorlar, Cumhuriyet dönemi reformlarını yeniden gözden geçirerek, hukuk alanında yeni kurumlar ve otoriteler oluşturmuşlardı⁴⁰⁵. Mahkeme yapılanması konusunda eyaletlerden başlayan ve daha sonra tüm Roma sınırları içerisinde geçerlilik kazanan yeni düzenlemeler yapılmıştır. *Princeps* mahkemelerinin kurulduğu ve bu mahkemelerde *princeps*'e bağlı ve onun tarafından belirlenen memurların davaları tek aşamada gördüğü sistem dışı (*extra ordinem*) yargılama, *formula* yargılaması ile birlikte uygulanmaya başlamıştır⁴⁰⁶.

M.S. 342 yılında *formula* yargılamasının kaldırılması ile sistem dışı yargılama, Roma sınırlarında geçerli tek yargılama sistemi olarak uygulanmıştır. Sistem dışı yargılamada devlet, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığa kendi organları aracılığıyla müdahalede bulunduğu için yargılama faaliyetinin kamusal niteliğinin ön

⁴⁰¹ Bauman, **a.g.e.**, s. 50.

⁴⁰² Ayiter, **a.g.m.**, s. 359; Türkoğlu Özdemir, Infamia, **a.g.e.**, s. 78.

⁴⁰³ Robinson, **a.g.e.**, s. 6-7; Garnsey, **a.g.e.**, s. 171.

⁴⁰⁴ Sohm, **a.g.e.**, s. 220.

⁴⁰⁵ Jolowicz, **a.g.e.**, s. 336-355; Burdick, **a.g.e.**, s. 667.

⁴⁰⁶ Sohm, **a.g.e.**, s. 220; Burdick, **a.g.e.**, s. 666.

plana çıktığı görülmektedir⁴⁰⁷. Bu sistemin benimsendiği ilk dönemlerde dava açmak isteyen herkes ilk olarak imparatora başvuruyordu. İmparator uyuşmazlığı isterse kendisi karara bağlayabilir ya da uyuşmazlığı doğrudan kendisi karara bağlamayarak, tarafları kendisine bağlı hâkimlere gönderirdi⁴⁰⁸.

İmparatora bağlı hâkimlerin görevli olduğu *Princeps* mahkemelerinde, yargılama kuralları ve hüküm verilmesi bakımından bir serbestlik söz konusu idi. *Princeps*'in otoritesine bağlı olarak hâkimlik görevini yapan memurları bağlayan kurallar yine *princeps* tarafından belirlenirdi. Cumhuriyet dönemi kanunları ve *magistra*'ların *edictum*'ları, *princeps* mahkemesi hâkimlerini bağlamazdı⁴⁰⁹. Katı şekil şartlarından arınmış bu yargılama sisteminde, ortaya çıkan yeni uyuşmazlıklara daha sağlıklı çözüm bulmak konusunda hâkime tanınan bu serbesti, maddî gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından büyük önem taşırdı⁴¹⁰.

Hâkimler, başlangıcından sonuçlanmasına kadar, yargılamanın her aşamasında tek yetkili konumda olmuşlardı⁴¹¹. Sadece tarafların iddialarını değil, ileri sürülen defî ve itirazlar ile delilleri de serbestçe değerlendirme yetkisine sahiptilerdi. Bu dönemde yargılama, devletin üzerinde durduğu önemli konulardan biri haline gelmiş ve özel yargılama sisteminde tarafların hâkimin seçimi ile yargılamada sahip oldukları ayrıcalık son bulmuştu⁴¹².

Yargılama fonksiyonunun, sürekli görev yapan memurlara bırakılması ve hâkimlerin yetkilerinin genişletilmesi Roma usûl hukukunun gelişimine önemli faydalar sağlamıştır. Ancak bu dönemde yargısal alanda, kişiler arasında *humiliores* ve *honestiores* şeklindeki sınıflandırma belirginlik kazanmıştı⁴¹³. Bu sınıflandırma,

⁴⁰⁷ Di Marzo, **a.g.e.**, s.113.

⁴⁰⁸ Söğütlü Erişgin, **a.g.m.**, s. 102.

⁴⁰⁹ Sohm, **a.g.e.**, s. 220-222; Jolowicz, **a.g.e.**, s. 411-413.

⁴¹⁰ Harries, **a.g.e.**, s. 111.

⁴¹¹ Aynı, s. 111-112.

⁴¹² Schwarz, **a.g.e.**, s. 289.

⁴¹³ Roma toplumunun alt sınıfına *humiliores* denilmektedir. *Honestiores* ise, Roma toplumun üst sınıfına verilen isimdir. *Honestiores* mensupları kendi içlerinde, sahip oldukları malvarlıkları, gerçekleştirdikleri devlet görevleri ya da soylarına göre bazı ayrımlara tabi tutulurdu. *Honestiores* ve *humiliores* arasındaki

hâkimin çoğu zaman davada taraf olanların statülerini dikkate alarak yargılama yapmasına neden olmuştur. Toplum içindeki sınıf farklılıklarının bir ifade biçimi olan *humiliores* - *honestiores* şeklindeki bu sınıflandırma, sistem dışı yargılamada benzer konulu davalarda tarafların statülerine göre farklı kararlar verilmesine neden olmuş ve yargısal eşitlik kuralı gerektiği gibi uygulanamamıştır⁴¹⁴.

Tek aşamada görülen davalar, davanın açılması ile başladır⁴¹⁵. Daha sonra hâkim davalıyı, davacının iddialarına cevap vermeye ve en fazla dört ay içinde mahkeme önünde hazır bulunmaya resmi yoldan davet ederdi⁴¹⁶. Davalıya yapılan üç davete rağmen, davada yer almaz ise, dava onun yokluğunda görülürdü. Bu durumda sadece davacının iddiaları ve ileri sürdüğü deliller dikkate alınır. Davalı, davacının iddialarını kabul etmeyerek davaya katılırsa, her iki tarafın karşılıklı iddiaları ve ileri sürdükleri deliller hâkim tarafından incelenerek haklı ya da haksızın tespiti yapılır⁴¹⁷.

Hâkimin delilleri değerlendirmesi ile ilgili olarak *formula* yargılamasında sahip olduğu serbestlik, sistem dışı yargılamada delillerin ispat gücü kanunla önceden belirlendiğinden sınırlandırılmıştı⁴¹⁸. Artık yazılı delillerin ispat gücü daha fazlaydı. İspata ilişkin genel kuralların istisnası niteliğinde olan karineler (*praesumptiones*) sistem dışı yargılamada geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Aksi ispatlanıncaya kadar gerçek olduğu kabul edilen karinelerin bir çeşidi olan ve Klasik dönem sonrasında ortaya çıkan kanunî karineler (*praesumptiones iuris*) hâkim için bağlayıcı niteliğe

fark, özellikle ceza hukuku ve usûl hukuku alanlarında önem taşırdı. Çarmıha gerilme, vahşi hayvanların önüne atılma, işkence gibi bazı cezalar yalnızca *humiliores*'e uygulanırdı. Bazı suçlar bakımından, aynı suça konu olan fiili gerçekleştirenler *humiliores* ise, ölüm cezasına çarptırılır, *honestiores* ise, sürgüne gönderilirdi. Bazı durumlarda ise aynı suç bakımından *humiliores*, *deportatio* yani sürgünle cezalandırılırken, *honestiores* olanlar *relegatio* ile yani vatandaşlıktan çıkarılma ile cezalandırılırdı. Berger, **a.g.e.**, s. 489-490.

⁴¹⁴ Judith Perkins, **Roman Imperial Identities in the Early Christian Era** (Oxford: Routledge, 2008), s. 96; Garnsey, **a.g.e.**, s. 170.

⁴¹⁵ Özel yargılama sisteminde önemli bir yere sahip olan ve Roma hukukunun gelişimine önemli katkılar sağlayan *magistra*'lar, bu dönemde yargısal işlerden uzaklaştırıldıkları için önemleri giderek azalmıştı. Sohm, **a.g.e.**, s. 297.

⁴¹⁶ Bu süre ilk olarak iki ay iken daha sonra dört aya çıkarılmıştır. C.T. 11.36.25.

⁴¹⁷ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 666; Harries, **a.g.e.**, s. 105.

⁴¹⁸ Türkoğlu Özdemir, Plus Petitio, **a.g.e.**, s. 33.

sahipti⁴¹⁹.

Sistem dışı yargılamada genişleyen takdir yetkisine bağlı olarak, davanın çözümü ile ilgili olarak hâkimin başvurabileceği hukuksal yetkiler artmıştır. Örneğin artık hâkimler, taraflar ve avukatları yönlendirebilir⁴²⁰, tanıkları kendiliğinden mahkemeye davet edebilir, taraflara yemin teklifinde bulunabilir⁴²¹ ve ayrıca delilleri serbestçe değerlendirebilirlerdi⁴²².

Formula yargılamasından farklı bir başka düzenleme olarak sistem dışı yargılamada, hâkimin verdiği kararların mutlaka bir miktar paraya ilişkin olma zorunluluğu kaldırılmıştır⁴²³. Hâkim davalıyı herhangi bir şeye mahkûm edebilir yahut hakkaniyet gerektiriyorsa davalı yerine davacıyı mahkûm edebilirdi. Davayı kaybeden taraf mahkeme masraflarını da ödemeye ayrıca mahkûm edilirdi⁴²⁴.

Sistem dışı yargılamada hâkimin taraflarca seçilen özel kişiler değil, imparator tarafından görevlendirilen resmi sıfatlı kişi olması⁴²⁵, özel yargılama sisteminde olmayan iki farklı hukuksal düzenlemenin sistem dışı yargılamada yer almasına neden olmuştur⁴²⁶. Bunlardan birisi, tarafların *appellatio* denilen kanun yoluna başvurarak

⁴¹⁹ Günal, **a.g.e.**, s. 43.

⁴²⁰ Iust. Cod. 4.20.16pr.

⁴²¹ Iust. Cod. 4.1.12

⁴²² Iust. Cod. 3.1.19

⁴²³ Sohm, **a.g.e.**, s. 223; Hunter, Introduction, **a.g.e.**, s. 1013; Wenger, **a.g.e.**, s. 139.

⁴²⁴ Hâkimler artık ücret alan devlet memurları olduklarından, devletin hâkim için yapacağı masrafa haksız çıkan tarafın katılması için belirli para ve harçların ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 315.

⁴²⁵ “Roma usûl hukuku alanındaki yeniliklere rağmen, özel yargılama sisteminde olduğu gibi, hâkimlik görevini yerine getirenlerin hukukçu olmaları zorunluluğu sistem dışı yargılamada da aranmamıştır. Zira Roma’nın krizlerle geçen Son İmparatorluk döneminde eğitimli hukukçular Klasik dönemde olduğu kadar fazla değildi. Hâkimlik görevini yerine getiren bu kişilerin hukuk bilgisi eksiklikleri, yine mahkemelere atanmış olan ve ücret alan hukuk danışmanları ile giderilmek istenmiştir. Bu kişiler sadece uygulanacak kural için değil, aynı zamanda yargılamanın nasıl yürütüleceği ve mahkeme düzeninin nasıl sağlanacağı konularında da danışmanlık hizmeti verirlerdi. Yeni yargılama usûlünün ilk yıllarında imparatorluk bürokrasisinin etkileri fazlaca görüldüğünden, hâkimlerin hukuk bilgisi bakımından eksiklikleri, uygulamada bu kişilerin yardımları ile tamamlanmıştır.” Jolowicz, **a.g.e.**, s. 459-469.

⁴²⁶ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 320.

verilen karara itiraz haklarının bulunması, diğeri ise hâkimin hukuksal anlamda reddidir (*recusatio*).

3.3. Sistem Dışı Yargılamada Hâkimin Değişen Fonksiyonları

Özel yargılama sistemi ile sistem dışı yargılama arasındaki en belirgin farklılık, davaların iki aşamada değil, tek aşamada görülmesiydi. Özel yargılama sisteminde davaların hâkim önünde görülmeye başlamasının bir ön şartı olarak da kabul edilen *magistra*'nın dava hakkı tanınması ve bu davanın sınırlarını yazılı bir biçimde belirlemesi, bireylerin haklarının korunmasının önündeki en ciddi engellerden birisiydi. Zira genellikle hukukçu olmayan ancak hukuk işleri ile ilgilenen *praetor*'ların yanlış kararı sonucunda dava hakkı tanınmaması, yargı kararı ile bireyin haklılığının tespit edilmesini önlerdi⁴²⁷. Sistem dışı yargılamada ise davaları tek aşamada, imparatoru temsil eden memur statüsünde hâkimler görüyordu. Takdir yetkisini sınırlayan *formula* metni bulunmadığından, geniş bir takdir yetkisine sahip kılınan bu hâkimler tarafından davaların görülmesi ile yargılamanın daha âdil bir biçimde yapılmasının önündeki engeller kaldırılmıştır⁴²⁸.

Sistem dışı yargılamada, duruşma gününde hâkim önünde hazır bulunmayan tarafın davayı kaybedeceği kuralı yerine, davaya katılmayan tarafın yokluğunda davanın görülmesinin kabul edilmesi, özel yargılama sisteminin bir başka katı kuralının değiştirilmesini ve yargılamanın daha âdil bir biçimde yapılmasını sağlayan bir diğer düzenlemedir⁴²⁹.

Mahkûmiyet kararının mutlaka paraya ilişkin olması zorunluluğunun kaldırılarak, malın iadesi kararı ile davayı kazanan tarafın tatmin olması ve gereği gibi korunması sağlanmıştır⁴³⁰. Hâkimin takdir yetkisinin genişlemesine bağlı olarak ortaya çıkan bir diğer durum ise, artık hâkimlerin davanın saptanmasından sonra ortaya çıkan yeni durumları ve davalının savunmalarını rahatlıkla değerlendirmeleridir. Özel yargılama sisteminde ise hâkim, davanın sınırları önceden belirlendiğinden, *litis*

⁴²⁷ Johnston, **a.g.e.**, s. 124.

⁴²⁸ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 663.

⁴²⁹ Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 280.

⁴³⁰ Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 668; Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 281.

contestatio ile davanın saptanması sonrasında ortaya çıkan yeni durum ve savunmaları dikkate alamazdı⁴³¹.

Tarafsızlığından şüphe duyulan hâkimin reddinin mümkün olması ve yine tarafsız davranmama dahil olmak üzere herhangi bir nedenle hâkim tarafından verilmiş olan hatalı, yanlış veya haksız bir karara karşı kanun yoluna başvurularak itiraz edilmesi sistem dışı yargılama ile getirilen önemli hukuksal düzenlemeler arasında yer alır⁴³².

Yargılamaya devletin müdahalesi anlamında bir karşılaştırma yapıldığında, sistem dışı yargılamada, davanın taraflarının hâkimlerin belirlenmesinde sahip oldukları ayrıcalık kaldırılmıştı. Ayrıca davaların özel kişilerce değil, resmi sıfatlı kişilerce görülmesi kabul edilmişti⁴³³. Sistem dışı yargılamada, yargılamanın tam anlamıyla devletin kontrol ve denetiminde yapıldığı, yargı fonksiyonlarının yerine getirilmesinde tarafların ve kamu görevlisi niteliğinde olmayan özel kişilerin hiçbir şekilde etkili olmadıkları görülmektedir. Bu durum, özel yargılama sisteminde listede yer alan hâkimlerin sayısının artmasına bağlı olarak⁴³⁴ hâkimin seçilmesi işleminin uygulamada zorlaşması ve ayrıca taraflar ve listede yer alan hâkimler açısından çeşitli sakıncalı durumları ortaya çıkarması ile açıklanabilir. Zira tarafların, listede yer alan hâkimlerin yargılamadaki yeterlilikleri konusunda bir bilgiye sahip olmamaları ve davanın görülmeye başlaması ile birlikte hâkimin bilgi ve yeterliliği konusunda fikir sahibi olmaları, tarafların aleyhine bir durumdu. Ayrıca seçim işleminin uzaması, mahkemelerin oluşumunu ve dolayısıyla yargılamanın başlamasını geciktirmekteydi. Son olarak hâkimin yokluğunda yapılan atama işleminin kesin bir işlem olması ve atanan hâkimin davayı görme zorunluluğunun bulunması, hâkim açısından önemli sakıncalar ortaya çıkarırdı.

⁴³¹ Sungurtekin Özkan/ Türkoğlu Özdemir, **a.g.e.**, s. 29.

⁴³² Buckland, Textbook, **a.g.e.**, s. 670.

⁴³³ Sistem dışı yargılamanın kamusal niteliğini ön plana çıkaran başlıca özelliği, hâkimlerin resmi sıfatlı kişiler olmasıdır. Bu nedenle sistem dışı yargılama, modern yargılama sistemlerine daha çok benzemektedir.

⁴³⁴ Augustus döneminde hâkimler listesinde yer alan hâkimlerin sayısı dört bin iken Caligula zamanında beş bin olmuştur. Hunter, Systematic and Historical, **a.g.e.**, s. 46; Staveley, **a.g.m.**, s. 205; Henderson; Smith, **a.g.e.**, s. 650.

Ancak özel yargılama sisteminin, Roma usûl hukukunun gelişimindeki önem ve katkıları hiçbir şekilde inkar edilemez. Zira hukuk kuralları uygulandığı toplumun ve zamanın ihtiyaçlarını karşılar ve ayrıca toplumsal yapıda meydana gelen değişikliklere paralel olarak ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar doğrultusunda değişikliğe uğrarlar. Roma hukuk sistemi içinde bu durumun örneklerinden biri olarak, toplumsal ihtiyaçların değişmesi ve artması ile yasal davalar yargılamasının yerini *formula* sisteminin alması gösterilebilir. *Formula* yargılamasının getirdiği kurallar, uygulandıkları dönem içersinde hızlı, esnek, etkili, gelişmiş ve yenilikçi bir yargılama sistemin oluşumunu sağlamıştır. Benzer şekilde toplumun gelişen ve değişen yapısı içinde, yeni hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmasına bağlı olarak sistem dışı yargılama kabul edilmiştir. Bu nedenle, sistem dışı yargılama ile karşılaştırıldıktan sonra özel yargılama sisteminin adâleti sağlama konusunda yetersiz bir sistem olduğu sonucuna varılmamalıdır⁴³⁵.

3.4. Üst Derece Yargı Organları

İmparatorluk döneminde Roma'nın hem coğrafi sınırları genişlemiş hem de nüfus sayısı artmıştır⁴³⁶. Buna bağlı olarak, devletler, eyaletler ve kişiler arası ilişkilerde herkes için geçerli olan yeni bir hukuksal yapının oluşturulması zorunlu hale gelmiştir. Bu nedenle, hukuk sistemi yeniden ele alınarak değiştirilmiş ve geliştirilmiş, herkes için geçerli bir imparatorluk hukuku sistemi⁴³⁷ oluşturulmuştur⁴³⁸. Hukuksal işlerin daha rahat görülebilmesi için adlî bölgeler ayrımı yapılmıştır. Bu bölgelerin doğu kısmı *diocesses*, batıda kalanlar ise *conventus* olarak adlandırılmıştır⁴³⁹.

⁴³⁵ Türkoğlu Özdemir, **a.g.m.**, s. 207-208.

⁴³⁶ Coğrafi olarak yaklaşık 10 milyon kilometrekare üzerinde tahmini 80 milyondan fazla bir nüfusun yaşaması, Roma İmparatorluğu'nun büyüklüğünü algılamak için bir fikir verebilir. Roma İmparatorluğu'nun idaresinin neredeyse dünyanın idaresi ile aynı anlamı taşıdığı da düşünülebilir.

⁴³⁷ İmparatorluk döneminden önce Roma hukukunun bilimsel olarak kavranması düşüncesi egemendi İmparatorluk döneminde ise bilimselliğe değil otoriteye dayanan bir hukuk ortaya çıkmıştır. Alessandro Corbino, "Roma'da Arkaik ve Cumhuriyet Dönemlerinde, Anayasal-Politik Dengeler-Hukuksal Gelişim, Hukukçuların Hukuk Yaşamındaki Roller," Çev. Özcan Çelebican. **AÜHFD**, Cilt no 44, Sayı no 1: 61-79, (1995), s. 61-62.

⁴³⁸ Patrick Le Roux, **Roma İmparatorluğu** Çev. İsmail Yerguz (Ankara: Dost Kitabevi, 2006), s. 61.

⁴³⁹ **Aynı**, s. 58.

Bu sistemde oluşan yeni yargı örgütü içerisinde hiyerarşik bir derecelendirme söz konusu idi⁴⁴⁰. Bu derecelendirme içerisinde en yüksek yargı organı imparatordu. İmparatordan sonra *praefectus praetorio* olarak adlandırılan imparator vekili memurlar, daha sonra ise merkez ve eyalet valilileri gelirdi⁴⁴¹. Ancak sistem dışı yargılamada, yargılama fonksiyonu asıl olarak imparator ve diğer üst derece yargı organları tarafından atanan ve imparatora bağlı olan ilk derece hâkimleri tarafından yerine getirilirdi⁴⁴².

3.4.1. İmparator

İmparatorluk, Roma tarihi içerisinde M.Ö. 23 yılından itibaren kabul edilmiştir. İmparator, imparatorluk işlerinin iyi bir biçimde yürütülmesini sağlamak ve denetlemek amacıyla başa getirilen kişi ve ayrıca *imperium* yetkisinin tek sahibidir⁴⁴³. Roma iktidarının sahibi olan imparatorların faaliyetleri başa gelenlerin kişiliklerine ve dönemlere göre farklılık göstermiştir. İmparatorların yönetimi monarşiye benzerdi ve her alanda etkili idi. Bu alanlardan birisi de hukuktu. İmparatorların yavaş yavaş tekeline geçirdikleri hukuk, bu dönemde imparatorluk hukuku olarak adlandırılırdı⁴⁴⁴.

Hukuk üzerinde tek otoritenin egemen olması, imparatorun iradesi dışında hukukun meşru bir kaynağının bulunamayacağı düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Böylece hukuk artık akılcı bir biçimde ele alınan kavramlardan oluşmuş bir dengenin sonucu değil, sadece idari ve siyasi bir otoritenin ürünü idi⁴⁴⁵. En yüksek otoriteye göre şekillenen bir hukuk sistemi içinde, imparatorun en yüksek yargı organı olması oldukça doğaldır.

Hukuk ve adâlet işlerinde görevli yüksek memurlara verdiği *mandata* denilen talimatlar yollaması, doğrudan ya da *appellatio* yolu ile kendisine başvurulduğu takdirde en yüksek yargı organı olarak verdiği kararları ifade eden *decreta* ve ayrıca

⁴⁴⁰ Declareuil, **a.g.e.**, s. 92.

⁴⁴¹ Harries, **a.g.e.**, s. 10; Crook, **a.g.e.**, s. 71-72.

⁴⁴² Borkowski/Plessis, **a.g.e.**, s. 82.

⁴⁴³ Le Roux , **a.g.e.**, s. 30-31; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 242.

⁴⁴⁴ Kunkel, **a.g.e.**, s. 119 ve 122; Le Roux , **a.g.e.**, s. 35; Muirhead, **a.g.e.**, s. 48; Declareuil, **a.g.e.**, s. 322.

⁴⁴⁵ Corbino, **a.g.m.**, s. 62; Muirhead, **a.g.e.**, s. 23; Nicholas, **a.g.e.**, s. 27.

magistra veya uyuşmazlık taraflarınca bir hukukî mesele hakkında kendisine danışılması durumunda verdiği cevaplar olan *rescripta*'lar imparatorların yargı sistemi içinde egemen ve etkili bir konumda olduklarını gösteren bazı uygulamalardır⁴⁴⁶. Hukuk alanında imparator tarafından yapılan bu tür faaliyetler *constitutiones* ifadesinin içinde yer alırdı⁴⁴⁷.

Sistem dışı yargılamanın geçerlilik kazandığı ilk dönemlerde uyuşmazlıklar çeşitli yollarla imparator önüne gelirdi. Dava açmak isteyen herkes ilk olarak imparatora başvururdu⁴⁴⁸. İmparator sınırsız yetkisi kapsamında *magistra* gibi uyuşmazlık taraflarını dava öncesinde ilk aşamada dinleyebileceği gibi, doğrudan uyuşmazlığı dava yolu ile kendisi çözebilirdi. Ayrıca üst derece yargı organı olan imparator alt derece hâkimlerin verdikleri kararların itiraz merci olarak nihai kararı verebilirdi⁴⁴⁹. Zamanla imparatorun başlıca yargısal faaliyeti en üst derece yargı organı olarak alt derece hâkimlerin verdikleri kararlara karşı yapılan itirazları karara bağlamak olmuştur⁴⁵⁰.

İmparator uyuşmazlığı doğrudan kendisi karara bağlamayarak, tarafları imparatorluk mahkemesinde görev yapan kendisine bağlı hâkimlere gönderebilirdi. Bu hâkimler özel yargılama sisteminde de görülen hâkimler listesinden seçilirdi. Ancak bu dönemde farklı olarak M.Ö. 17 yılından itibaren imparator Augustus, hâkimler listesini sadece imparatorların düzenleyeceği kuralını getirmişti ve bu listeden seçim ve atama işlemi imparator tarafından gerçekleştirilirdi⁴⁵¹.

İmparator ve imparatora bağlı hâkimler yargısal faaliyetleri sırasında *consilium* olarak adlandırılan danışma heyetini yanlarında bulundururdu⁴⁵². Ancak bu heyet hiçbir

⁴⁴⁶ Borkowski/Plessis, **a.g.e.**, s. 41-42; Lee, **a.g.e.**, s. 17-18; Nasmith, **a.g.e.**, s. 82; Nicholas, **a.g.e.**, s. 18; Robinson, **a.g.e.**, s. 9-10; Hadley, **a.g.e.**, s. 1; Sohm, **a.g.e.**, s. 76-77; Turner, **a.g.e.**, s. 95.

⁴⁴⁷ Hadley, **a.g.e.**, s. 6-7; Nasmith, **a.g.e.**, s. 82; Nicholas, **a.g.e.**, s. 18; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 283-287; Sohm, **a.g.e.**, s. 77; Turner, **a.g.e.**, s. 96.

⁴⁴⁸ Söğütü Erişgin, **a.g.m.**, s. 102.

⁴⁴⁹ W. W. Buckland, **Equity in Roman Law** (New York, William S. Hein & Co., Inc., 2002), s. 9.

⁴⁵⁰ Galsterer, **a.g.m.**, s. 407.

⁴⁵¹ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 285.

⁴⁵² Muirhead, **a.g.e.**, s. 520; Turner, **a.g.e.**, s. 54.

zaman mahkemenin bir organı olarak kabul edilmemiştir⁴⁵³.

Sistem dışı yargılamada, her alanda mutlak otorite ve en üst yargı organı olan imparatorun alınan yetki ile hâkim sıfatına sahip olunması, yargının imparatorun tekelinde olduğunun açık bir göstergesidir. Kanımızca, sahip oldukları yetkiyi imparator adına kullandıklarının ve onun otoritesine uygun bir adâletin sağlanması görevini yerine getirdiklerinin bilinci ile yargılama yapan hâkimlerin bağımsız olduklarından söz edilmesi mümkün değildir⁴⁵⁴. Yargılama yapan hâkimi baskı altına alan, imparatorun tekeli yaklaşımına ve onun otoritesine aykırı kararlar almama çabasıdır. Hukuk eğitimi almamış olan sistem dışı yargılama hâkimlerinin, hukukun üstünlüğü ilkesini, imparatorun üstünlüğü şeklinde algılamış olmaları, yargıda devlete bağlılığın aşırı bir biçimde uygulanmasını ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla sadece hâkimin değil, aynı zamanda yargının da bağımsızlığından söz edilemezdi⁴⁵⁵.

Günümüzde iktidarın sınırlandırılmasında, yargı önemli bir etkiye sahiptir. Yargı, iktidarı denetler ve bireyi iktidarın keyfi ve hukuka aykırı uygulamalarına karşı korur. Bunun için iktidarı denetleyen yargının mutlaka bağımsız olması aranır. Sistem dışı yargılamada hâkimlerin, hiçbir şekilde imparatorun otoritesini denetleme gibi

⁴⁵³ Buckland, Equity, **a.g.e.**, s. 9.

⁴⁵⁴ Siyasal bilim ve kamu hukuku literatürüne “Kuvvetler Ayrılığı” adlı kuramı ile geçen Montesquieu, 1748 yılında yazdığı “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı ünlü eserinin XI. kitabının VI. bölümünde kuvvetler ayrılığına ilişkin görüşlerini açıklamıştır. Devletin başlıca üç gücü (yetkisi) arasındaki ilişki nasıl düzenlenmeli ki, bireyler temel hak ve özgürlüklere sahip olsunlar sorusunun yanıtını arayan Montesquieu’nun vardığı sonuç, devletteki üç gücün aynı kişi veya kurulda toplanmamasının gerekli olduğudur. XI. kitabının VI. bölümünde vardığı bu sonucu şu ifadelerle açıklamaktadır. “Yasama gücü ile yürütme gücü (yetkisi) aynı kişi ya da kurulda birleşirse özgürlük kalmaz. Yargı gücü, yasama ve yürütme güçlerinden ayrılmamışsa hiçbir özgürlükten bahsedilemez. Hele bu üç güç aynı kişinin elinde toplanırsa her şey kaybolur.” Modern hukuk sistemlerine ve devlet anlayışına kalıcı etkileri olan bu görüş, Roma İmparatorluk döneminin tekeli yönetimi içerisinde, yargının bağımsızlığı gibi bir anlayışın bulunamayacağını desteklemektedir. Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine - Cilt I**. Çev. Fehmi Baldaş (İstanbul: İkinci Matbaası, 1998), s. 235; Maksut Mumcuoğlu, “Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi,” **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt no 46, Sayı no 2, 262-306, (1989), s. 265.

⁴⁵⁵ Âdil bir yargılama yapacak olan hâkimlerin, yargı yetkisini ne ilahi bir güçten veya Kral’dan ne de imparator gibi mutlak bir otoriteden aldıkları düşüncesi ile kullanmamaları gerekir.

fonksiyonları bulunmazdı. Dolayısıyla günümüzdeki anlamıyla “yargı bağımsızlığı”nın, Roma hukukunun sistem dışı yargılamasında kabul edilip edilmediği tartışma konusu yapmak mantıklı değildir⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Günümüzdeki anlamıyla hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin kararlarını verirken özgür olmaları, hiçbir etki ve baskı altında bulunmamalarıdır. Hâkimlerin kimseden emir almadan, kendi vicdanî kanaatine göre ve hukuka bağlı olarak karar vermeleridir. Ancak bağımsızlık hâkim için bir ayrıcalık değil, onun tarafsızlığını sağlamak için getirilen bir düzenlemedir. Türk hukukunda, Anayasa’nın 138’inci maddesi altında yargının ve mahkemelerin bağımsızlığı düzenlenmektedir. Ancak kabul etmek gerekir ki, yargı bağımsızlığının sağlanması için yapılan Anayasal düzenlemeler ile yargı bağımsızlığını tam anlamıyla sağlamak mümkün değildir. Herşeyden önce yargı mensuplarının kendilerini bağımlı ve baskı altında hissetmemeleri gereklidir. Bu nedenle, diğer hukuksal düzenlemelerle hâkimlerin baskı altında kalması ihtimalinin dahi ortaya çıkmaması sağlanmalıdır. Örneğin, hukuk sistemimiz içinde yargının bağımsızlığının önündeki engellerden biri olarak Anayasa’mızın 159. maddesinde kuruluş dayanağını bulan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gösterilmektedir. 159. maddenin ilk fıkrasında bu kurulun mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre kurulup görev yapacağı belirtilmiştir. Ancak bu kurulun yapısında, yürütmenin bir organı olan Adâlet Bakanı’nın kurul başkanı ve bakanlık müsteşarının doğal üye olarak görev almasının, kuvvetler ayrılığı ilkesine ve yargının denetiminin yine yargı organlarının yapılması şeklindeki genel düşünceye ters düştüğü görülmektedir. 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun 4. maddesinde Kurul’un görevleri sayılmıştır. Bu görevlerden başlıcaları; “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adlî ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adâlet Bakanlığı’nın, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.” Kurul’un tüm bu görev ve yetkileri ile hâkimleri, özellikle mali ve özlük haklar ile atama gibi önemli konularda baskı altında alan bir yapıda olduğu ileri sürülmektedir. Bu iddiaların gerçekliğinin araştırılmasından önce, yargıyı baskı altına sokma ihtimali dahi bulunduğu için, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kuruluş tarzında bazı değişikliklerin yapılması gerektiği inancını taşıyoruz. Benzer şekilde Adâlet Bakanlığı müfettişlerinin denetleme yöntemlerinde bazı değişiklik ve iyileştirmelerin bağımsız yargıya katkı sağlayacağı kanısındayız. Yargının bağımsızlığı, sadece yargısal kararlar alırken hâkimlerin baskı ve etki altında kalmamaları şeklinde dar bir alanda kabul edilmemelidir. Yargısal olsun olmasın bir meslek olarak hâkimliğin gereği gibi yapılmasını etkileyen her türlü konuda hâkimlerin etki ve baskı altında olmaması şeklinde geniş bir alan içinde değerlendirmek gereklidir. Buraya kadar olan açıklamalar dikkate alınarak Roma ve Türk hukuku açısından bir karşılaştırma yapılırsa, Roma hukukunda sistem dışı yargılamada hâkimler açık bir biçimde imparatorun etki ve baskı altında iken Türk hukukunda ise yürütme organı, kâğıt üzerinde olmasa bile uygulamada hâkimler üzerinde bir etki ve baskı unsuru oluşturabilecek güce

3.4.2. *Praefectus Praetorio*

İmparatorlardan sonra gelen *praefectus praetorio*'lar, Principatus döneminin başlarında, Roma'daki imparator ordusunun başında bulunan, idari ve askeri yönetimle ilgilenen, aynı zamanda imparatorun temsilcisi niteliğindeki en yüksek derecede memurlardı⁴⁵⁷. *Praefectus praetorio*, ilk olarak Augustus zamanında kabul edilmiştir⁴⁵⁸. Doğu ve batı şeklinde yapılan adlî bölge ayırımına göre sayıları iki iken daha sonraki dönemlerde bu sayının üçe ve dörde çıktığı görülmüştür⁴⁵⁹.

İlk zamanlar sadece askeri işlerde görevli oldukları kabul edilen bu kişilere daha sonra yeni görevler verilmiş ve imparatorlardan sonra gelen en önemli kişi olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁰. Bu kişilerin görevli oldukları işlerden birisi de yargısal işlerdi. İmparator Constantinus (M.S.306-M.S. 337) zamanında askeri yetkilerine son verilen *praefectus praetorio*'lar, merkez ve eyalet valilerinin hâkim sıfatı ile verdikleri kararlara karşı yapılan itirazları inceleyen bir üst derece yargı organı olarak görev yaparlardı⁴⁶¹. Hatta bu kişilere ait bir mahkeme bulunurdu⁴⁶². İmparator tarafından atanan bu kişilerin

sahiptir. Ancak yargının geniş anlamda bağımsız olmadığını Roma hukuku bakımından rahatlıkla söylemek mümkün iken, Türk hukukunda böyle bir belirlemeyi doğrudan yapmak mümkün olmadığı gibi, sıklıkla yargının bağımsız olmadığını ifade etmek toplumda yargıya karşı olumsuz bir bakışın oluşmasını sağlayacaktır. Centel, **a.g.m.**, s. 52-57; Keskin, **a.g.m.**, s. 135-141 ve 153-154; Mumcuoğlu, **a.g.m.**, s. 266-279.

⁴⁵⁷ Recai G. Okandan, **Roma Amme Hukuku** (İstanbul: İÜHF Yayınları, Kenan Matbaası, 1944), s. 210.

⁴⁵⁸ “Quintus Mucius Scaevola (M.Ö. 117), daha sonra Celsus (M.S. 129), Julianus (M.S. 148) ve en son büyük hukukçulardan biri olan Papinianus M.S. 3. yüzyılın ilk zamanlarında *praefectus praetorio* olarak görevlendirilerek İmparatorluk döneminin en yüksek memuriyet makamını işgal etmişlerdir.” Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 26; Burdick, **a.g.e.**, s. 667; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 244.

⁴⁵⁹ R. Malcolm Errington, **Roman Imperial Policy from Julian to Theodosius** (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2006), s. 82; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 245.

⁴⁶⁰ Edward Gibbon, **The History of The Decline And The Fall of The Roman Empire - Vol. 2.** (Philadelphia: Claxton, Remsen & Haffelfinger, 1868), s. 114; Galsterer, **a.g.m.**, s. 407; Phillimore, **a.g.e.**, s. 210; Burdick, **a.g.e.**, s. 668; Smith, **a.g.e.**, s. 802.

⁴⁶¹ Robinson, **a.g.e.**, s. 10; Gibbon, Vol.2., **a.g.e.**, s. 115; Burdick, **a.g.e.**, s. 668.

⁴⁶² Dig. 12.1.40'nın ilk cümlesinde yer alan “*Lecta est in auditorio aemilii papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi*” yani “Aynı zamanda *praefectus praetorio* ve hukukçu olan Emilius Papinianus'un mahkemesinde aşağıda belirtildiği şekilde okundu...”ifadesinden *praefectus praetorio* (burada Emilius Papinianus'a ait) mahkemesinin olduğu anlaşılmaktadır.

vermiş olduğu yargısal kararlar kesindi. Her ne kadar teorik olarak vermiş oldukları kararların imparator tarafından değiştirilebileceği kabul edilmiş olsa da, uygulamada *praefectus praetorio* kararlarının, imparator tarafından değiştirildiği görülmemiştir. Zira bu kişiler imparatorun temsilcileri olarak görevlerini yerine getirirlerdi ve imparator, verilen karara karşı yapılan itirazı, bu kararın kendisi tarafından verilmiş bir karar olduğunu kabul ederek dikkate almazdı⁴⁶³.

Dig. 1.11'in başlığı *praefectus praetorio*'nun görevleridir ve bu metninde *praefectus praetorio*'nun kaynağı, seçilmesi ve görevleri belirtilmektedir.

Dig. 1.11.1pr.

Arcadius I.S. de off. praef. pr.

“Breviter commemorare necesse est, unde constituendi praefectorum praetorio officii origo manaverit. ad vicem magistri equitum ppaefectus praetorio antiquitus institutos esse a quibusdam scriptoribus traditum est. nam cum apud veteres dictatoribus ad tempus summa potestas crederetur et magistris equitum sibi eligerent, qui adsociati participales curae ad militiae gratia secundum post eos potestatem gererent: regimentis rei publicae ad imperatores perpetuos translatis ad similitudinem magistrorum equitum praefecti praetorio a principibus electi sunt. data est plenior eis licentia ad disciplinae publicae emendationem.”

Yukarıda yer alan metinde özetle, *praefectus praetorio*'nun diktatörlerin başyardımcı olarak seçtikleri *magistra equitum*⁴⁶⁴ ile ortaya çıktığı yani diktatörler için *magistra equitum* ne anlam ifade ediyorsa, imparatorlar için *praefectus praetorio*'un aynı anlamı ifade ettiği belirtilmektedir. Ayrıca Cumhuriyet döneminin sonunda diktatörün yerini imparatorun alması ile imparatorun, *praefectus praetorio*'u seçerek *magistra equitum* gibi kamu düzeninin sağlanması için görevlendirdiği ifade edilmektedir.

⁴⁶³ Gibbon, Vol.2., a.g.e., s. 116.

⁴⁶⁴ “*Magistra equitum*, Cumhuriyet döneminde diktatörün yokluğunda, baş kumandan vekilliği yapan kişidir.” Umur, Lügat, a.g.e., s. 130.

Dig. 1.11.1.1

Arcadius l.S. de off. praef. pr.

“His cunabulis praefectorum auctoritas initiata in tantum meruit augeri, ut appellari a praefectis praetorio non possit. nam cum ante quaesitum fuisset, an liceret a praefectis praetorio appellare et iure liceret et extarent exempla eorum qui provocaverint: postea publice sententia principali lecta appellandi facultas interdicta est. credidit enim princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide et gravitate ad huius officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicatuos esse pro sapientia ac luce dignitatis suae, quam ipse foret iudicatuos.”

Praefectus praetorio’nun sahip olduğu yetkisinin kaynağı açıklandıktan sonra, devamında yer alan yukarıdaki metinle, açık bir biçimde zaman içinde *praefectus praetorio*’nun sahip olduğu yetkilerin genişlediğini ve vermiş olduğu karara karşı itiraz yolunun kapalı olduğunu belirtmiştir. Böylelikle *praefectus praetorio*’unun kararına karşı itiraz yolunun bulunup bulunmadığı şeklinde daha önceden sorulmuş sorular, bir imparator emirnamesinde itiraz edilemeyeceğinin emredilmesi ile son bulmuştur. Zira İmparator, bu kişileri üstün başarıları ile yüksek hizmete atadıkları için, verdikleri kararların mantıklı ve makul olduklarını düşünürdü.

3.4.3. Eyalet ve Merkez Valileri

3.4.3.1. Eyalet Valileri (*Praeses Provinciae*)

Roma devletinin, İtalya’nın dışında fetihler sonrasında ele geçirdiği yerler *provincia* yani eyalet olarak adlandırılırdı. Roma’nın bir imparatorluk olarak güçlü bir biçimde devamlılığının sağlanmasında, eyaletlerde farklı bir yönetim sisteminin benimsenmesi ve bu sistemin bozulmasına kadar uzunca bir dönem eyalet sınırları içerisinde yaşayan halkın yönetiminde dikkatli davranılması etkili olmuştur⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Eyalet sisteminin bozulmasında etkili olan başlıca neden, özellikle doğu eyaletlerinde eyalet yöneticilerinin yasal olmayan yollarla eyalet halkına mali yükümlülükler yükleyerek zenginlik elde etme çabalarıdır. Eyaletlerde mali ve idari yönden sahip oldukları yetkileri kötüye kullanan yöneticilerin, bu

Roma İmparatorluğu'nda eyaletlerin teşkilatlanmasına özel bir önem verilirdi. Eyaletlerin başına vali olarak adlandırılan yöneticiler getirilirdi. Eyalet yöneticilerinin belirlenmesinde ilk zamanlar belirli kurallar bulunmazken, daha sonra eyaletlerin sayısının artmasına bağlı olarak eskiden yüksek memurluk yapmış kişilerin yönetici olarak görevlendirilmesi tercih edilmiştir. Bu kişilerden eskiden *consul* olanlar *proconsul*, *praetor* olanlar ise *propraetor* olarak adlandırılır ve eyaletlere vali olarak atanırlardı⁴⁶⁶.

Eyalet valilerinin görevleri oldukça fazla ve önemli idi. Başlıca görevleri, eyalet sınırları içinde kamu düzenin korunması ve sağlanmasıydı⁴⁶⁷. Eyalet sınırları içerisinde valilerin sahip oldukları yetkileri oldukça genişti⁴⁶⁸ ve imparatorlardan sonra en geniş yetkilere sahip kişi olarak kabul edilirdi⁴⁶⁹. Eyalet yöneticilerinin başında gelen valilerin yönetim dışındaki görevlerinin önemli ve büyük bir bölümünü hukuksal işler oluşturuyordu. Yargılama faaliyetlerinin denetimini vali yapardı ve valinin bu denetimi Roma İmparatorluğu'nun gücünün bir göstergesi olarak kabul edilirdi⁴⁷⁰.

Eyalet valisi aynı zamanda, eyaletin baş hâkimiydi. Bu nedenle Roma yargı örgütü içerisinde üst derece yargı organı olarak yer alırdı⁴⁷¹. Bu kişiler bazı davaları doğrudan kendileri hâkim sıfatıyla görürlerdi ya da belirli bir uyuşmazlığın, özel olarak atadıkları hâkimler aracılığıyla çözüme kavuşturulmasını sağlardı. Belirli bir uyuşmazlık için eyalet valisi tarafından özel olarak atanan bu kişiler *iudex pedaneus*, *iudex datus*, *iudex specialis* veya *iudex delegatus* gibi isimlerle ifade edilirdi⁴⁷². Eyalet

tür davranışlarının yaygınlaşması ile eyaletlerin Roma'ya bağlılıkları azalmış ve ayaklanmalar sonucunda Roma İmparatorluğu'nun parçalanma süreci başlamıştır. Halil Demircioğlu, "Roma Devletinin Eyalet Sistemi," *AÜDTCFD*, Cilt no 5-6, Sayı no 8-11: 443-459, (1967-1968), s. 459; Kunkel, *a.g.e.*, s. 42.

⁴⁶⁶ Galsterer, *a.g.m.*, s. 404; Kunkel, *a.g.e.*, s. 40; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 158.

⁴⁶⁷ Dig. 1.18.13.

⁴⁶⁸ Dig. 1.18.3.

⁴⁶⁹ Dig. 1.18.4.

⁴⁷⁰ Le Roux, *a.g.e.*, s. 58-59.

⁴⁷¹ Perkins, *a.g.m.*, s. 97; Sohm, *a.g.e.*, s. 220-221; Ramsay, *a.g.e.*, s. 155; Bauman, *a.g.m.*, s. 126; Mousourakis, *a.g.e.*, s. 158.

⁴⁷² Sohm, *a.g.e.*, s. 221-222.

valisinin yokluğu ya da ölümü halinde ise, yargılama işlerinin başına, *vicarius iudex* denilen bir hâkim getirilirdi⁴⁷³.

Roma hukuku metinlerinden Dig. 1.18'de eyalet valilerinin görev ve yetkileri belirtilmiştir. Yargılamaya ilişkin olan görev ve yetkilerinin belirtildiği metinler aşağıda yer almaktadır.

Dig. 1.18.10

Hermogenianus 2 iuris epit.

“Ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi vel praefectus praetorio itemque consules et praetores ceterique romae cognoscunt, correctorum et praesidium provinciarum est notio.”

Dig. 1.18.10

Hermogenianus 2 iuris epit.

“Praefectus urbi, praefectus praetorio ya da consul’ler, praetor’lar ve diğer magistra’ların Roma’da gördükleri tüm davalara bakmak eyalet yöneticilerinin görevidir.”

Yukarıda yer alan metin açık bir biçimde valilerin yargılama yetkisini belirtmektedir. Aşağıdaki metinden ise, valilerin eyalet sınırları içerisinde yaşayan yabancıların davalarına da baktığı anlaşılmaktadır.

Dig. 1.18.3

Paulus 13 ad sab.

“Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet, et hoc dum in provincia est: nam si excesserit, privatus est. habet interdum imperium et adversus extraneos homines, si quid manu

⁴⁷³ Berger, a.g.e., s. 764.

commiserint: nam et in mandatis principum est, ut curet is, qui provinciae praeest, malis hominibus provinciam purgare, nec distinguuntur unde sint.”

Dig. 1.18.3

Paulus 13 ad sab.

“Eyalet valileri, sadece eyalet halkı üzerinde *imperium* yetkisinin sahibidir. Eyalet sınırları içerisinde bu otoriteye sahip olup, eyalet sınırları dışında özel kişi olarak görülürler. Bazen gerçek anlamda bir suç olarak kabul edilen davranışta bulunulduğunda, yabancılar üzerinde yargılama yetkisine de sahiptirler. Zira bir imparator emirnamesinde belirtildiği gibi, eyalet valisi, eyaleti yöneten kişidir ve gerçekleştirenin nereden geldiğine bakılmasızın düzeni bozan kötü davranışı yok etmek için dikkatli davranmalıdır.”

Dig. 1.18.8 ve Dig. 1.18.9’da birçok imparator emirnamesinde geçen “*eum qui provinciae praeest adire potes*” yani “eyalet valisine başvurabilirsin” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği tartışılmaktadır. Her iki metinde de, eyalet valisinin kendisine yapılan bir başvuru olması halinde kendisinin mi yoksa atayacağı hâkimin mi davaya bakacağına karar vermesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla başvuru olduğu takdirde eyalet valisi doğrudan davaya bakabilir ya da davaya bakmak üzere hâkim atayabilirdi. Ancak aşağıda yer alan metinden belirli bir davanın hâkimi olarak kendisini atayamayacağı anlaşılmaktadır.

Dig. 1.18.5

Ulpianus 1 de omn. trib.

“Praeses provinciae non magis tutorem quam specialem iudicem ipse se dare potest.”

“Eyalet valisi kendisini vasi olarak ve ayrıca belirli bir davanın hâkimi olarak atayamaz.”

3.4.3.2. Merkez Valisi (*Praefectus Urbi*)

Roma valisi, *praefectus urbi* olarak adlandırılırdı⁴⁷⁴. Roma valisinin İlk İmparatorluk döneminden Son İmparatorluk dönemine geçerken sahip olduğu yetkiler artmıştır. İlk imparatorluk döneminde, Roma şehri sınırları içinde kamu düzenini sağlamakla görevliydi ve merkezin yüz mil çevresine kadar cezai yargılama yetkisine sahipti. Son İmparatorluk döneminde ise Roma şehir merkezi ve yüz mil çevresi içinde askeri ve idari işlerle birlikte, hem ceza hem de özel hukuk davalarını görmekle yetkilendirilmişti⁴⁷⁵.

Coğrafi bakımdan yargılama yetkisi yukarıda belirtildiği gibi yüz mil ile sınırlandırılmıştı. Yani *praefectus urbi*, Roma merkez ve merkezin yüz mile kadar olan çevresindeki davalarda görev yapardı⁴⁷⁶. Aşağıda yer alan metinde bu sınırlama belirtilmiştir.

Dig. 1.12.1.4

Ulpianus l.S. de off. praef. urb.

“quidquid igitur intra urbem admittitur, ad praefectum urbi videtur pertinere. sed et si quid intra centensimum miliarium admissum sit, ad praefectum urbi pertinet: si ultra ipsum lapidem, egressum est praefecti urbi notionem.”

Dig. 1.12.1.4

Ulpianus l.S. de off. praef. urb.

“Şehir merkezinde her ne yapılırsa yapılsın, *praefectus urbi*’nin yargılamasına tabidir ve bu yargılama aynı zamanda şehrin yüz mile çevresi içinde de uygulanır. Ancak bu mesafenin ötesinde *praefectus urbi*’nin yargılama yetkisi bulunmamaktadır.”

⁴⁷⁴ Errington, **a.g.e.**, s. 111.

⁴⁷⁵ Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 166.

⁴⁷⁶ Gibbon, Vol. 2., **a.g.e.**, s. 117.

Praefectus urbi, imparatorlardan aldığı yetkiye dayanarak⁴⁷⁷ hâkim atama yetkisine sahipti. Bu yetkinin, yargılama yetkisinin şehir merkezinin yüz mil çevresi ile sınırlı olmasında olduğu gibi, alan olarak sınırlandırılmadığı aşağıda yer alan metinde belirtilmiştir.

Dig. 1.12.3

Ulpianus 2 ad ed.

“Praefectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet: extra urbem potest iubere iudicare.”

Dig. 1.12.3

Ulpianus 2 ad ed.

“Praefectus urbi’nin, şehir merkezinin belirlenen mesafenin ötesinde yargılama yetkisi son bulur ancak bu mesafenin ötesine hâkim atayabilir.

⁴⁷⁷ Errington, **a.g.e.**, s. 116.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA *MAGISTRA* VE HÂKİMİN SORUMLULUĞU

1. *MAGISTRA*'LARIN SORUMLULUĞU

1.1. *Magistra* ve *Imperium* Yetkisi

Magistra, Cumhuriyet ve Principatus dönemlerinde, devletin yönetiminde etkili üç büyük organdan biridir⁴⁷⁸. Roma tarihinde özellikle Cumhuriyet döneminin önemli kurumlarından biri olarak yer alan *magistra*'lar, idari, siyasi ve askeri görevlerinin yanı sıra, yargısal alanda hâkim olarak karar verme, dava hakkı tanıma gibi görevleri de yerine getirirlerdi⁴⁷⁹. Cumhuriyet döneminin en sağlam siyasi kurumlarından biri olan *magistra*'lık, Son İmparatorluk dönemine kadar var olmuş fakat Son İmparatorluk döneminde, hemen hemen tüm yetkileri elinden alınmış ve onursal bir kurum olarak ismen yer almıştır⁴⁸⁰.

Magistra'lar daha göreve gelmeden önce toplum içerisinde belirli bir saygınlığa sahip, *senatus* veya şövalye sınıfından olan, dolayısıyla toplum içinde kendileri ile ilgili genel yargının olumlu olduğu kişilerdi. Devletin yürütme organı olarak faaliyet gösterirler ve bir şeref makamı olarak ücret almadan görevlerini yerine getirirlerdi. Bir yıllık süre için seçilen *magistra*'ların, görev sürelerinin sona ermesinden itibaren yeniden seçilebilmek için en az on yıl beklemleri gerekirdi⁴⁸¹. Herşeyden önce siyasi

⁴⁷⁸ “*Magistra*, senato ve halk meclisleri Son İmparatorluk dönemine kadar Roma'nın önemli üç organı olarak var olmuştur. Ancak ne senato ne de halk meclisleri, *magistra*'lar gibi tek ve bağımsız hareket edebilirlerdi.” T. Corey Brennan, **The Praetorship in the Roman Republic** (Oxford: Oxford University Press, 2000), s. 3; Frank Frost Abbott, **A History and Description of Roman Political Institutions** (London: Atheneum Press, 1901), s. 150; Karl Loewenstein, **The Governance of Rome** (Springer, 1973), s. 42; Villey, **a.g.e.**, s. 23.

⁴⁷⁹ Abbott, **a.g.e.**, s. 150.

⁴⁸⁰ Brennan, **a.g.e.**, s. 3; Berger, **a.g.e.**, s. 571.

⁴⁸¹ “Görev sürelerinin kısa olması askeri, siyasi ve idari işler bakımından sorunlar ortaya çıkarırdı. Bu durum özellikle *consul*'ler ve *praetor*'lar için geçerliydi. Bu sorunların giderilmesi için bu *magistra*'lara

bir makam olan *magistra*'lar iş bölümü ile görevlerini yerine getirirlerdi. Ancak iş bölümü yapılması, bir *magistra*'nın verdiği kararlar ilgili olarak diğerinin sahip olduğu yetkiyi ortadan kaldırmazdı. Başka bir ifade ile yetkileri eşitti⁴⁸².

Roma hukukunda *magistra*'lar için *magistratus maiores/minores*, *patricii/plebei*, *cum imperio/sine imperio* gibi çeşitli sınıflandırmalar yapılabilir. Ancak genel kabul gören sınıflandırma, *magistratus cum imperio* ve *sine imperio*'dur yani *imperium*'a sahip olan ve olmayan *magistra* ayrımıdır⁴⁸³. Cumhuriyet döneminde *magistra* 'lar, *imperium* ya da *potestas* olarak adlandırılan yetkilere göre sınıflandırılırdı. *Imperium*'u olanlar *dictator*, *consul*, *praetor* iken *imperium*'u bulunmayan fakat *potestas*'a sahip olanlar, *ensor*, *quaestor*, *aedilis curulis* ile *pleb*'lerin *magistra* 'ları olan *tribunus plebis* ve *aedilis plebis* idi⁴⁸⁴. Bu çeşit *magistra* 'ların siyasi, askeri ve

uzatılmış *imperium* yani *imperium prorogare* olanağı sağlanmıştır. Böylelikle kamu görevlisi nitelikleri olmadan *promagistra* olarak nitelendirilerek *imperium*'a sahip kılınmıştır. Görev süresinin bitmesi ile bir yıl süre ile İtalya yarımadası dışında bir eyalete vali olarak gönderilirlerdi.” Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 173.

⁴⁸² “Aynı derecede bulunan *magistra* 'lar aynı konu ile ilgili farklı kararlar vermemek için aynı şehirde aynı anda bulunmamayı tercih ederlerdi.” Ramsay, **a.g.e.**, s. 135.

⁴⁸³ Abbott, **a.g.e.**, s. 152-153; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 83.

⁴⁸⁴ “Bu *magistra* 'lıklar arasında bir önem sıralaması yapıldığında *consul* en yüksek *magistra* idi. Cumhuriyet dönemi başlarından itibaren sayıları iki ile sınırlı olan *consul* 'ler her alanda çok geniş yetkilere sahipti. Zamanla sınırların genişlemesine, dolayısıyla siyasi ve idari görevlerinin artmasına bağlı olarak sahip oldukları yetkilerini kullanarak yerine getirecekleri işler fazlaşmıştır. Bunun sonucu olarak yeni *magistra* 'lıkların kurulması öngörülmüştür. *Dictator* bunlardan biri olarak ülke bütünlüğünün tehdit edildiği kriz zamanlarında ve başlıca askeri alanda görev yapardı. *Praetor* ise M.Ö. 367 yılında *Liciniae Sextiae* adlı kanunla oluşturulan ve yargısal işlerle ilgilenen, *consul* 'den sonraki en önemli *magistra* 'lık idi. *Consul* 'lerin yokluğunda en yetkili kişi *praetor urbanus* yani şehir *praetor* 'u olurdu. M.Ö. 2. yüzyılda ise *praetor peregrinus* yani yabancılar *praetor* 'luğu oluşturulmuştur. *Praetor* 'lar, Roma hukuk sisteminin başında yer alan kişiler olarak belirtilebilir. Bu kişiler Roma'nın yargısal işlerinde görevli olup, M.Ö. 327 yılında *imperium* yetkisine sahip kılınmışlardır. *Imperium*, yargısal ve idari işlerini yerine getirmek için *praetor* 'lara büyük kolaylıklar sağlamıştır. Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında sayıları iki iken, zamanla bu sayı değişmiştir. M.Ö. 244 yılında sayıları iki iken, M.Ö. 227 yılında Sicilya ve Sardunya'da özellikle askeri konularda yetkili olan iki *praetor* daha atanmıştır. M.Ö. 197 yılında ise yeni eyaletlerin Roma'ya katılması ile iki *magistra* daha atanmış ve bu sayı altı olmuştur. M.Ö. 146 yılında bu sayının arttırılamayacağı kararlaştırılmış olsa da, M.Ö. 81 yılında Roma'da toplam sekiz *praetor* 'luk oluşturulmuştu. Roma tarihinde bu sayı zamanla artmış ve on altıya kadar çıkmıştır. Ayrıca *propraetor* 'lar yani görev süreleri bir yıl için uzatılmış *praetor* 'lar ile Roma'nın idaresi

yargısal alanlarda geniş yetkileri bulunmaktaydı. İlk İmparatorluk döneminde, *magistra*'ların faaliyet alanları ve dolayısıyla yetkileri azalmıştır⁴⁸⁵. Bu dönemde tüm *magistra*'ların üstünde yeni bir *magistra, princeps* ortaya çıkmıştır. Son İmparatorluk döneminde, *magistra*'lar ismen yer almış fakat önemleri kalmamıştır⁴⁸⁶. Zira bu dönemde en yetkili kişi imparatordu⁴⁸⁷.

Roma Cumhuriyet döneminde, seçilen *magistra*'lar Roma halkının yetkilendirdiği temsilciler konumundaydı. Ancak Roma halkı adına işlemler yaptıkları kabul edilmezdi⁴⁸⁸. Her *magistra, populus romanus* yani Roma halkı tarafından seçilirdi. Bu anlamda *tribunus plebis* ve *aediles plebis* teknik anlamda *magistra* olarak kabul edilemezdi⁴⁸⁹. Zira bu kişiler sadece *pleb*'ler tarafından seçilirlerdi. *Dictator* ise *consul* tarafından atanmış olağanüstü yetkilere sahip geçici bir *magistra* idi. Cumhuriyet dönemi kurumlarından biri olarak ifade edilse bile, *dictator*'luk daha çok Krallık dönemi idari yapısının izlerini taşırdı. Doğrudan halk tarafından değil, *consul*'ler tarafından atanırlardı. *Consul*'ler doğrudan halk tarafından seçildiğinden, *dictator*'un seçilmesinde halkın da etkili olduğu kabul edilirdi. Bu nedenle teknik anlamda *magistra*

gerçekleştirilmiştir. *Praetor*'lar ayrıca Cumhuriyet dönemi sonlarında kurulan sürekli ceza mahkemelerine başkanlık yaparak hâkimlik görevini de yerine getirmişlerdir. *Censor*'ler ise diğer *magistra*'lardan farklı olarak beş yıllığına görev yaparlardı ve daha çok sosyal alanda ailelerin mali ve ahlaki denetimlerinden sorumlu olmuşlardır.” Brennan, **a.g.e.**, s. 3-8; Abbott, **a.g.e.**, s. 150-153; Ramsay, **a.g.e.**, s. 153-154; Declareuil, **a.g.e.**, s. 21; Kunkel, **a.g.e.**, s. 16-17; Lee, **a.g.e.**, s. 14-16; Loewenstein, **a.g.e.**, s. 44; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 84-100; Schiller, **a.g.e.**, s. 180-188; Turner, **a.g.e.**, s. 24, 30-35.

⁴⁸⁵ Ramsay, **a.g.e.**, s. 155.

⁴⁸⁶ İmparator Hadrianus'a ait olduğu belirtilen mektubun bir kısmının yer aldığı Dig. 5.1.48'de, *magistra*'ların yargısal işlerdeki etkinliğinin bilinçli bir biçimde azaltılmak istendiği anlaşılmaktadır. Phillimore, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁸⁷ Roma hukukunda *magistra*'lık kurumunun gelişimi hakkında bkz., Türkoğlu Özdemir, Plus Petitio, **a.g.e.**, s. 21, dn. 12; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 129; Villey, **a.g.e.**, s. 23.

⁴⁸⁸ Loewenstein, **a.g.e.**, s. 42.

⁴⁸⁹“M.Ö. 367 yılında *patrici* ve *pleb*'ler arasındaki eşitsizliği ortadan kaldırmak için önemli adımlar atılmıştır. Bu yıldan itibaren *pleb*'lere devlet içerisinde önemli konumlara gelebilme olanağı getirilmiş ve *magistra*'lık olarak kabul edilen *pleb tribun*'ları ve *aedil*'leri resmen tanınmıştır. Ancak *pleb*'ler arasından *tribunus* veya *aedilis* olarak seçilebilenler zengin olanlardı.” Atlan, **a.g.e.**, s. 43.

olarak ifade edilirlerdi⁴⁹⁰.

Her *magistra*, oldukça önemli yetkilere sahipti. Sahip olunan bu yetkilere göre *magistra*'lar arasında bir astlık üstlük sıralaması söz konusu idi. Her *magistra*'ya *potestas* (güç) yetkisi vermek, *pleb* ya da *patricus* olan Roma vatandaşlarının hakkıydı⁴⁹¹. *Potestas*'ın en geniş olanı *imperium* idi. *Imperium*'un tam olarak anlamını ortaya koymak güçtür. Halk tarafından seçimle başa getirilen ve dolayısıyla toplumda güven duyulan idarecilere, bu güvenin göstergesi olarak *imperium* yetkisi verilirdi⁴⁹².

Dar anlamda *imperium*, bir *magistra*'ya orduyu yönetmek konusunda verilen yetkiyi ifade ederdi. Geniş anlamda *imperium* ise, siyasi liderliğin hukuksal sembolü olarak devlet idaresi bakımından, yargılama yetkisi de dâhil olmak üzere, gerekli birçok yetkinin kullanılmasını sağlardı⁴⁹³. *Imperium*, *ius militare* ile orduya komut vermek, *ius agendi cum popula* ve *ius agendi cum senate* ile halkı veya senatoyu toplantıya çağırarak, *ius dicendi* ile kanunları ve diğer kuralları ilan etmek, *edictum* yayınlamak, *interdictum* yetkisi ile emir ve yasaklar getirmek, *iudices privati* yani taraflar arasındaki uyuşmazlıklara özel hâkimleri atamak ve son olarak *ius coercitionis* ile kamu düzenin korunması için resmi emir ve talimatlarla çeşitli yaptırımlar uygulanmasını istemek gibi oldukça geniş bir alanda kullanılabilen hemen hemen her türlü yetkiyi içerirdi⁴⁹⁴. Bu yetkiyi kullanarak *magistra*'lar, para cezası⁴⁹⁵, taşınabilir malların haczi (*pignoris capio*⁴⁹⁶), kişilerin özel mülkiyetlerinde bulunan malları korumak, hapis cezası uygulanmasını istemek (*in vincula deductio*⁴⁹⁷), kırbaçlatma (*verberatio/castigatio*)⁴⁹⁸ gibi tedbir ve yaptırımların uygulanmasını emredebilirdi. *Potestas* yetkisinin içerdikleri

⁴⁹⁰ Abbott, **a.g.e.**, s. 151-152; Loewenstein, **a.g.e.**, s. 43; Turner, **a.g.e.**, s. 25.

⁴⁹¹ Andrew Lintott, **The Constitution of the Roman Republic** (Oxford: Oxford University Press, 1999), s. 95; Abbott, **a.g.e.**, s. 151.

⁴⁹² Loewenstein, **a.g.e.**, s. 45.

⁴⁹³ Greenidge, **a.g.e.**, s. 20-21; Ramsay, **a.g.e.**, s. 134; Loewenstein, **a.g.e.**, s. 45.

⁴⁹⁴ Kunkel, **a.g.e.**, s. 15.

⁴⁹⁵ Dig. 50.16.131.1.

⁴⁹⁶ Gai. Inst. 1.200; Iust. Inst. 1.24.3.

⁴⁹⁷ Dig. 48.19.8.9; Iust. Cod. 9.47.6.

⁴⁹⁸ Dig. 2.1.12; Dig. 11.7.8.2.

ise kısaca, *ius dicendi* ve *ius coercionis* olarak belirtilebilir⁴⁹⁹.

Imperium yetkisine ilk olarak *consul*'ler daha sonra *praetor*'lar ve *dictator* sahip olmuşlardır⁵⁰⁰. Bir *magistra*'nın *imperium* yetkisi, Roma şehri dışında iken oldukça geniş ve mutlak. Ancak Roma şehri sınırları içinde iken sahip olduğu *imperium* yetkisinin mutlak ve sınırsız olduğu kabul edilmemiştir. Böylelikle Roma şehri içerisinde yaşayan vatandaşların özgürlükleri, *magistra*'nın baskıcı yönetimine karşı korunmuştur⁵⁰¹.

Magistra'ların baskıcı yönetimlerinin asıl kaynağı, sahip oldukları *coercitio* yetkisidir. *Coercitio*, başkalarını kuvvet kullanılarak yahut kuvvet kullanma tehdidi ile bir şey yapmaya ya da yapmamaya zorlayan kamusal yetkidir. Daha çok idareci konumunda olan *magistra*'ların kamusal alanda kullandıkları bu yetkisi, *imperium* ve *potestas*'a sahip olmalarından kaynaklanmaktaydı⁵⁰². *Magistra*'lar, *coercitio* yetkisini, çok az istisna ile hemen herkese karşı kullanabilirlerdi.⁵⁰³ *Magistra*'ların *coercitio* yetkisine karşı Roma şehrinde yaşayan tüm vatandaşların *provocatio* adı verilen *tribunes*'e başvuru olanağına sahiplerdi⁵⁰⁴. Roma şehri sınırları dışında ise *coercitio*

⁴⁹⁹ Loewenstein, **a.g.e.**, s. 45-48; Plescia, **a.g.m.**, s. 52.

⁵⁰⁰ Brennan, **a.g.e.**, s. 3; Muirhead, **a.g.e.**, s. 15

⁵⁰¹ Abbott, **a.g.e.**, s. 153.

⁵⁰² Greenidge, **a.g.e.**, s. 94; Plescia, **a.g.m.**, s.52.

⁵⁰³ Bütün *magistra*'lar *coercitio* yani yaptırım uygulama yetkisine sahipti. *Coercitio* kamu düzenin korunarak devamlılığının sağlanması için *magistra*'lar tarafından kullanılmaktaydı. Bir *magistra* sahip olduğu *coercitio* yetkisini kullanarak kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle vatandaşlara karşı kırbaçlama, kısa süreli hapis, para cezası, sürgün cezası gibi çeşitli yaptırımlar uygulayabilirdi. Lintott, *Constitution*, **a.g.e.**, s. 97-99.

⁵⁰⁴ “Roma hukukunda tribün, sözlük anlamı ile *magistra* veya idari veya askeri görevlilerce paylaşılan bir ünvandır. Eski Roma’da askerlik ya da oy verme amacıyla insanların bölünmüş oldukları kabile anlamındaki *tribe* ya da *tribus* sözcüğünden türemiştir. *Pleb*’lerin, askerlerin yahut hazinenin tribünleri gibi çeşitli tribünler oluşturulmuştur. Burada bahsedilen tribün ise *Pleb*’lerin tribunlüğü yani *tribunus plebis*’tir. Servius Tullius zamanında *pleb*’lere siyasi haklar tanınarak, toplum içinde belli sınıftan olanlara özel ayrıcalıklar sağlanmasının kaldırılması amaçlanmıştı. Ancak onun beklenmeyen ölümü sonrasında, izlediği bu genel politika takip edilmemiş ve *patricius* sınıfından olanlar, devletin önemli yerlerine kendilerinin gelmesini sağlayarak, kamusal alanda her türlü görev ve yetkiyi kendilerinde toplama çabası içine girmişlerdir. Bu duruma daha fazla tahammül edemeyen *pleb*’ler mücadele içine

yetkisinin kullanılması kesin sonuçlar doğururdu yani sınırlandırılmazdı⁵⁰⁵.

1.2. *Magistra*'nın Yargı Yetkisi (*Iurisdictio*)

Roma usûl hukukunda iki aşamalılığının söz konusu olduğu dönemlerde, ilk aşama “*in iure*” olarak adlandırılırdı. Bu ifadenin içerisinde yer alan *iure* kelimesi hak kelimesinin karşılığı olarak değil, hakkın iddia edildiği makamı belirtmek için kullanılırdı. Her ne kadar Roma’da genel olarak yargısal faaliyetlerle ilgili *magistra*’lar *praetor* olarak bilinse de, *magistra* bir üst kavram olarak, devlet içinde bir organdı. Bu nedenle, *in iure* ifadesi içerisinde hakkın iddia edildiği asıl makam *magistra* olarak ifade edilir⁵⁰⁶.

Iurisdictio, *magistra*’nın *imperium*’unda yer alan yetkilerden birisidir⁵⁰⁷. Kelime anlamı “hukuku söylemek” yani *ius dicere* idi⁵⁰⁸. Ancak Roma hukuku metinlerinde *magistra*’nın yargı yetkisini ifade etmek için kullanılırdı⁵⁰⁹. Somut olaya uygulanacak kuralları belirleme yetkisi olarak da tanımlanabilir. Bu anlamda kullanıldığında her çeşit yargılama faaliyetinde *magistra*’nın yargı yetkisinin bulunduğu düşünülebilir⁵¹⁰. Ancak

girmişler ve bu mücadelenin sonunda *patricius*’lar M.Ö. 494 yılından itibaren *pleb*’lere hak tanımak zorunda kalmışlardır. Bu mücadelenin sonunda ortaya çıkan en önemli *pleb* kurumu, *pleb* tribünü’dür. Halkın tribünü olarak da ifade edilen bu tribünlük, soylulara karşı daha alt tabakadan halkı korumak için kurulmuş bir *magistra*’lıktır. Bir yıl için ve *pleb*’lerce seçilen bu tribün, gerektiğinde *pleb* sınıfından bir kimsenin maruz kaldığı haksız uygulamaya müdahale etmek konusunda yetkilendirilmiştir. Bu yetkinin kullanıldığı özel bir alan ise haksız *coercitio* uygulamasıdır. *Partici* sınıfından bir *magistra*’nın *coercitio* yetkisini kullanması durumunda, vatandaşın *ius auxilii* yani yardım hakkının teminat altına alınmasını sağlardı.” Christopher S. Mackay, **Ancient Rome, A Military and Political History** (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), s. 135; Ramsay, **a.g.e.**, s. 141.

⁵⁰⁵ Loewenstein, **a.g.e.**, s. 48; Plescia, **a.g.m.**, s. 55.

⁵⁰⁶ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 273.

⁵⁰⁷ Buckland, Equity, **a.g.e.**, s. 20.

⁵⁰⁸ Kunkel, **a.g.e.**, s. 82.

⁵⁰⁹ Bu yetkinin kökeni ile ilgili tartışmalar, *iurisdictio*’nun Roma hukuku içerisinde hangi dönemde ortaya çıktığı sorunu etrafında yapılmaktadır. Birçok Roma hukukçusu, bu yetkinin ilk olarak krallara ait bir yetki olduğunu daha sonra *consul*’ler ve bir süre sonrada *praetor*’ların bu yetkiye sahip olduklarını kabul ederken, azınlıkta olan görüş ise bu yetkinin M.Ö. 367 yılında *praetor*’luğun kabulü ile birlikte ortaya çıktığını savunmaktadır. Corbino, **a.g.m.**, s. 74.

⁵¹⁰ Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 201.

magistra yargı yetkisini başlıca iki şekilde kullanırdı: birincisi kendisine dava hakkı tanınması için başvuruda bulunan yani *dare iudicium* talebinde bulunan kimsenin iddia ettiği uyuşmazlığı tespit etmek diğeri ise tarafların üzerinde anlaştıkları hâkime yargılama görevi vermek (*iudicare iubere*)⁵¹¹.

Dig. 2.1.3

Ulpianus 2 de off. quaest.

“*iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.*”

Dig. 2.1.3

Ulpianus 2 de off. quaest.

“*Iurisdictio* (yargı yetkisi), bir hâkimi atama yetkisini de içerir.”

Yani *magistra*’nın yargı yetkisinin içeriğinde uyuşmazlığı karara bağlaması değil, uyuşmazlığın hukuken tespitinin yapılması ve bu tespite uygun olarak yargılama yapma görevini yerine getirecek olan hâkimin atanması yer alırdı. Bu nedenle *iurisdictio*, hâkim (*iudex*) gibi yargılama yapmak ve hüküm vermek yetkisini *magistra*’ya sağlamazdı⁵¹². Hâkimin faaliyeti için *iudicare* veya *iudiciatio* kelimeleri kullanırdı. *Iudicare*, hâkimin tarafları bağlayıcı bir hüküm vererek uyuşmazlığı çözüme kavuşturma yetkisini ifade ederdi⁵¹³. Hâkimin yargı yetkisi için *iudicare* ve *magistra*’nın yargı yetkisi için *iurisdictio* kelimeleri kullanılarak aralarındaki farklılık vurgulanmak istemiştir⁵¹⁴. Ancak ilk zamanlarda ve özellikle ceza davalarında *magistra*’lar hâkim gibi karar verme yetkisine de sahipti⁵¹⁵.

Magistra yargı yetkisini kullanırken çoğu zaman, hukukçuların görüşlerini de dikkate alırdı. Zira *magistra*, esasında siyasetçi kimliği ile öne çıkan ve aynı zamanda iş

⁵¹¹ Kaser, **a.g.e.**, s. 345.

⁵¹² Cutler, **a.g.e.**, s. 124; Kunkel, **a.g.e.**, s. 82; Phillimore, **a.g.e.**, s. 19 ve 70.

⁵¹³ Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 96.

⁵¹⁴ Schulz, Classical, **a.g.e.**, s. 13.

⁵¹⁵ Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 196.

bölümü gereği *praetor* olarak adlandırılarak hukuk işlerine bakan biridir. *Magistra*'nın yanında, uzman hukukçulardan oluşmuş bir kurul (*consilium*) ona bu görevini yerine getirirken yardımcı olurdu⁵¹⁶. *Magistra* bu kurulun görüş ve tavsiyelerine bağlı değildi fakat genelde bunlara uyardı. Böylelikle *consilium*'un görüşü ve *magistra*'nın temsil ettiği devlet gücü birleşerek uygulama için gerekli hukuk kuralları yaratılırdı.

Bu kuralların ortaya çıkmasında *praetor*'ların *edictum* olarak adlandırılan beyannamelerinin etkisi oldukça fazla idi. Göreve gelen *praetor*, yargı işlerinin görülmesinde düzeni sağlamak için uygulayacağı kuralları ve yapacağı faaliyetleri *edictum*'la ilan ederdi⁵¹⁷. *Edictum*'da yer alan prensipler, aynı zamanda dava açmak isteyenler için yönlendirici bir işleve sahipti. *Edictum* kanun niteliğinde değildi, sadece *edictum*'u yayınlayan *praetor* için bağlayıcı nitelik taşırdı⁵¹⁸. Daha sonra göreve gelen *praetor*'lar, önceki *praetor*'un *edictum*'unu kısmen değiştirerek ilan ediyordu. Ancak zamanla bu *edictum*'lar uygulamada yerleşmiş kurallar haline geldiğinden, bu kurallarda çok fazla değişiklik yapılmamıştır⁵¹⁹. Böylelikle *edictum*'lar zaman içinde hukuk kuralı ihtiyacını karşılamaya ve hukukî devamlılığı sağlamaya başlamıştır⁵²⁰.

⁵¹⁶ Ayrıca, özellikle M.Ö. 2. yüzyıl ve sonrasında hukukçuların eserleri de, *magistra*'nın yargılama görevini yerine getirirken başvurduğu önemli kaynaklar arasında yer alırdı. Corbino, **a.g.m.**, s. 77.

⁵¹⁷ Sohm, **a.g.e.**, s. 49.

⁵¹⁸“*Praetor*'lar, M.Ö. 67 yılında çıkarılmış *Lex Cornelia de Iurisdictione*'ye kadar görev süreleri içinde beyannamelerinden ayrılabilir iken bu kanunla birlikte görev süreleri içinde yayınladıkları beyannamelere bağlı kalacakları kuralı getirilmiştir.” Sohm, **a.g.e.**, s. 54; Tahiroğlu/Erdoğan, Roma, **a.g.e.**, s. 58.

⁵¹⁹ Ancak Roma hukukunun kaynaklarından biri olarak kabul edilmemiştir. Girard, **a.g.e.**, s. 81.

⁵²⁰ M.S.130 yılında imparator *Hadrianus*'un, dönemin büyük hukukçularından *Salvius Iulianus*'u, *edictum*'u değişmeyecek hale getirmek üzere görevlendirmiştir. İmparator *Hadrianus*'un amacı imparatorların mutlak otoritelerinin yanında başka bir kaynaktan yani *praetor*'larca ayrı bir hukukun yaratılmasını önlemek istemesidir. *Edictum*'u değişmeyecek hale getirmek için *Salvius Iulianus* daha önce yayınlanmış olan *edictum*'ları bir araya getirmiş, bazı ilaveler ve çıkarmalar yaparak yeniden düzenlemiştir. Bu düzenlemeler sonucunda, *edictum perpetuum* yani sürekli *edictum* adı ile yeni bir *edictum* hazırlanmış ve *senatus* tarafından onaylanarak kullanılmaya başlanılmıştır. Böylece imparatorun hukuku tekeline geçirmesi kolaylaşmıştır. Zira göreve gelen *praetor*'lar değişmez hale getirilmiş *edictum*'a bağlı kalmak zorundalardı. Böylelikle İmparatorluk döneminde, *edictum*'ların hukuk kuralları üzerindeki etkisi azalmıştır. Burdick, **a.g.e.**, s. 127; Borkowski/Plessis, **a.g.e.**, s. 43; Nasmith, **a.g.e.**, s.

Roma hukukunun önemli unsurlarından biri haline gelen *edictum*'larla ve *praetor*'ların diğer yargısal faaliyetleri sonucunda⁵²¹ *ius praetorium* veya *ius honorarium* olarak adlandırılan yeni bir hukuk ortaya çıkmıştır⁵²². *Ius honorarium*'un temelinde hakkaniyet düşüncesi yer alır. Ortaya çıkan yeni hukukla birlikte Roma hukukunda hakkaniyetin başlıca kaynağının *praetor* olduğu kabul edilmiş *praetor*'lar, aynı zamanda bir kanun koyucu olarak algılanmışlardır⁵²³. Geçici bir hukuk sistemi olan *ius honorarium*'un genel olarak özelliklerini ve hangi amaçla kabul edildiğini Papinianus aşağıda yer alan metinde belirtmektedir.

90; Phillimore, **a.g.e.**, s. 86; Crook, **a.g.e.**, s. 24-25; Declareuil, **a.g.e.**, s. 22 ve 30; Girard, **a.g.e.**, s. 109-110; Sohm, **a.g.e.**, s. 56.

⁵²¹ Dava hakkı tanıma ve yargılama yapacak hâkimi atamanın yanı sıra *praetor*'un diğer yargısal faaliyetleri özetlenirse, ilk olarak *ius civile*'nin dava hakkı tanımadığı durumlarda hakkaniyet gereği dava hakkı tanıyabilirdi veya *ius civile*'nin dava hakkı tanıdığı durumlarda dava hakkı tanımayabilirdi. *Praetor*'ların günümüz hukukuna getirdikleri en önemli yenilik def'iler yani *exceptiones*'dir. Bunlar ilk defa *formula* usûlünde ortaya çıkmış olan savunma vasıtalarıdır. Davacı haklı olsa bile, bu hakkın gereğinin yerine getirilmesini engelleyerek, davalıyı mahkûmiyetten kurtarmak için başvurabileceği bir hukukî koruma yolu idi. *Interdictum* ise bir başka hukukî koruma vasıtasıydı. *Praetor* tarafından verilmiş sözlü bir emirdi. Taraflar arasındaki sorunu çözmek için bir ön çözüm teklifiydi. *Praetor*, davalıya birşeyi yapmasını emreder, davalı buna uyarsa dava sonucunda mahkûm olmaktan kurtulurdu. Ancak davalı haklı olduğunu savunup bu emre uymazsa dava açılırdı ve bu dava sonucunda haksız olduğu ortaya çıkarsa, *praetor*'un emrine uymadığı için ayrıca cezalandırılırdı. Bu yolla bazı olaylar hâkim kararına gerek kalmadan çözüldü ve dava açılmasına engel olurdu. Diğer koruma vasıtaları ise *stipulationes praetoriae*, *in integrum restitutio* ve *missio in possessionem* olarak sıralanabilir. *Stipulationes praetoriae* (*praetor stipulatio*'ları), *praetor*' un zorlamasıyla bireyler arasında yapılan borçlandırma işlemleridir. Genelde *praetor*, bunları teminat amacıyla yaptırırdı. *In integrum restitutio* (eski hale iade) *praetor*' un yapılmış olan bir hukukî işlemi iptal ederek önceki duruma getirmesidir. *Missio in Possessionem*, bir kimsenin malları üzerindeki zilyetliğin bir başkasına verilmesidir. Belirtilen hukukî koruma yolları ile *praetor*'lar, özel hukukun bütün alanlarında yenilikler getirmişlerdir. Borkowski/Plessis, **a.g.e.**, s. 78-79; Kaser, **a.g.e.**, s. 357-359; Schulz, Classical, **a.g.e.**, s. 51; Buckland, Equity, **a.g.e.**, s. 21-39; Declareuil, **a.g.e.**, s. 21, 88-89; Lee, **a.g.e.**, s. 470 vd.

⁵²² Borkowski/Plessis, **a.g.e.**, s. 33; Greenidge, **a.g.e.**, s. 86; Kaser, **a.g.e.**, s. 15-16; Nicholas, **a.g.e.**, s. 19; Phillimore, **a.g.e.**, s. 84-85.

⁵²³ Buckland, Equity, **a.g.e.**, s. 5; Crook, **a.g.e.**, s. 24.

Dig. 1.1.7.1

Papinianus 2 def.

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

Dig. 1.1.7.1

Papinianus 2 def.

“Ius praetorium, praetor’ların kamu yararı düşüncesiyle, ius civile’ye yardımcı olmak, onu tamamlamak ya da düzeltmek amacıyla getirdikleri kurallardır, buna praetor’un saygınlığı (veya onuru, şerefi) ile ilişkilendirilerek ius honorarium da denilmektedir.”

Dolayısıyla *magistra*’ların yargı yetkisini kullanarak yapmış oldukları faaliyetlerden doğan *ius honorarium*’un temel işlevi *ius civile*’nin boşluklarını tamamlamak, *ius civile*’ye yardımcı olmak ve yanlışlıklarını düzeltmekti. *Magistra*’nın faaliyetinden doğan, hukuk geçici bir hukuktur. Bu hukuk sadece *magistra*’nın yargı yetkisini kullandığı olaylarda uygulanırdı⁵²⁴.

Iurisdictio’nun bir başka özelliği ise *magistra*’nın bu yetkinin kullanımını özel kişilere dahi geçici olarak devredebilmesidir. *Forum* denilen şehir meydanlarında *praefecti iure dicundo* olarak adlandırılan *praetor* vekillerinin de *iurisdictio* ile kararlar aldıkları görülürdü⁵²⁵. Bu yetkinin kullanımı ile ilgili olarak bazı zamansal sınırlamalar da bulunurdu. *Iurisdictio* yetkisi rahiplerin *fasti* dedikleri uğurlu günlerde kullanılırken, *nefasti* denilen ve uğursuz oldukları kabul edilen günlerde kullanılmazdı⁵²⁶.

⁵²⁴ Borkowski/Plessis, **a.g.e.**, s. 34; Declareuil, **a.g.e.**, s. 21; Corbino, **a.g.m.**, s. 76.

⁵²⁵ Galsterer, **a.g.m.**, s. 403; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 203.

⁵²⁶ Cutler, **a.g.e.**, s. 38; Roby, **a.g.e.**, s. 323.

1.3. *Magistra*'ların Dokunulmazlığı

Seçilmiş *magistra*'ların görev yaptıkları süre içerisinde seçenlere yani halka karşı bir sorumlulukları bulunmamaktaydı. Bu nedenle davalı sıfatı ile mahkeme önünde yargılanmaları görev süreleri boyunca mümkün değildi⁵²⁷. Ulpianus aşağıda yer alan metinde bunu açık bir biçimde ifade etmektedir⁵²⁸.

Dig. 2.4.2

Ulpianus 5 ad ed.

“In ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci...”

Dig. 2.4.2

Ulpianus 5 ad ed.

“Consul, praefectus, praetor, proconsul ile imperium’a sahip olan ve bir kimseye yaptırım uygulatan veya hapis ile cezalandırılmasını emreden diğer magistra’lar, mahkeme önünde yargılanmak üzere davet edilemez.”

Roma *magistra*'ları bir yıllık dönem için seçilen ve kural olarak görev süresi içerisinde görevleri ile ilgili olarak yaptıklarından sorumsuz kişilerdi. Hangi şartlar altında olursa olsun, *magistra*'lar resmi yetkilerinden mahrum bırakılamazlardı⁵²⁹. Bununla birlikte, yaptıkları iş veya işlemler bakımından çeşitli denetim yollarına tabi tutulmuşlardır. Bu denetim yolları ile hapse dahi atılabilirlerdi ancak bu durumda bile *magistra*'lar belli bir dereceye kadar görev ve yetkilere sahip olmaya devam ederlerdi⁵³⁰. Bu durum açık bir biçimde, Roma hukukunda *magistra*'ların görev ve

⁵²⁷ Plescia, **a.g.m.**, s. 53.

⁵²⁸ Bu metnin devamından, yargısal muafiyetin bazı diğer resmi görevlileri de kapsayacak kadar geniş tutulduğu anlaşılmaktadır.

⁵²⁹ Jolowicz/ Nicholas, **a.g.e.**, s. 46.

⁵³⁰ Plescia, **a.g.m.**, s. 51-52.

yetkileri ile ilgili olarak, geniş bir dokunulmazlığa sahip olduklarını göstermektedir.

Dig. 47.10.32.

Ulpianus 42 ad sab.

“Nec magistratibus licet aliquid iniuriose facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit magistratus vel quasi privatus vel fiducia magistratus, iniuriarum potest conveniri. Sed utrum posito magistratu an vero et quamdiu est in magistratu? Sed verius est, si is magistratus est, qui sine fraude in ius vocari non potest, expectandum esse, quoad magistratu abeat. Quod et si ex minoribus magistratibus erit, id est qui sine imperio aut potestate sunt magistratus, et in ipso magistratu posse eos conveniri.”

Ulpianus, yukarıdaki metinde, *magistra* olsa bile başkalarına karşı hukuka aykırı bir davranışla zarar verenlerin dava edilebileceğini ancak zarar veren *magistra* ise ve görevli olduğu süre içerisinde hukuka aykırı fiili ile zarar vermişse, dava edilebilmesi için en doğru görüşün, görev süresinin sona ermesinin beklenilmesi olduğunu belirtmektedir. Aynı zamanda *magistra*’lıklar arasında bir ayrım yaparak, hukuka aykırı davranışta bulunan *imperium* ya da *potestas*’a sahip olamayan alt derece bir *magistra* ise görev süresi içerisinde olsa dahi, kendisine karşı dava açılabileceğini belirtir.

Ulpianus’a ait yukarıdaki metinden hareketle, *dictator*, *consul*, *praetor*, *proconsul*, *propraetor* gibi *imperium*’a sahip *magistra*’ların ve ayrıca *ensor*, *aedilis curulis* ile *pleb*’lerin *magistra*’ları olan *tribunus plebis* gibi *potestas*’a sahip *magistra*’ların görev süreleri boyunca yargılamadan muaf tutuldukları anlaşılmaktadır.

Görev sürelerinin bitmesi ile *magistra*’lar sürekli ceza mahkemesinde (*questiones perputuae*) veya *iudicia populi*⁵³¹ (tribün mahkemesi ya da halkın

⁵³¹ “*Iudicia populi*, halk meclisinin yargısal görevlerinden dolayı kullanılan karşılığıdır. Roma hukukunda halk meclisinin fonksiyonları M.Ö. 2. yüzyılda artmıştı. Daha çok siyasi görevleri bulunan bu meclise, yargısal alanda yapmakla yükümlü olduğu çeşitli işler verilmiş ve bundan dolayı “meclis mahkemesi” olarak da adlandırılmıştır. Yargısal alanda görevli olduğu işlerin başında, ceza mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan itirazları incelemek gelirdi. M.S. 2. yüzyıldan kısa bir süre sonra bu meclisin yargılamada etkinliği giderek azalmıştır. Bunun başlıca dört nedeni olduğundan söz

mahkemesi) önünde yargılanabilirlerdi⁵³². Ancak Roma tarihi boyunca *magistra*'ların görev süreleri sonrasında yargılanmasının az sayıda örneği günümüze kadar ulaşabilmiştir. M.Ö. 87 yılına kadar Sulla davası⁵³³ olarak bilinen dava dışında *magistra*'ların halkın mahkemesi önünde yargılandığı bir dava bilinmemektedir⁵³⁴.

1.4. *Magistra*'ların Denetlenmesi

1.4.1. *Provocatio*

Magistra'ların *imperium* ile sahip oldukları yetkilerini bireylerin hak ve özgürlüklerini kısıtlayacak şekilde kullanmaları, Roma tarihi boyunca özgür Roma vatandaşları ile kamusal gücü kullanan otoriteler arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına ve zamanla bu yetkilerin denetim yollarının değişmesine ve artmasına neden olmuştur⁵³⁵. Haksız yetki kullanımı ile mağdur olan Roma vatandaşları için, *Lex Valeria de Provocatione* (itiraz hakkı sağlayan Valerius Kanunu) adlı kanun bireysel hak ve

edilebilir. Bu nedenlerin başında M.Ö. 81 yılından itibaren Sulla'nın ceza yargılaması alanında, sürekli ceza mahkemelerinin (*questiones perpetuae*) görev ve yetkilerini arttıran yasal düzenlemeler yapması gelir. Bir diğer neden, bu meclis önünde görülen davaların yaklaşık dört ay gibi uzun bir sürede tamamlanmasıdır. Zira bu meclisin aynı zamanda hukuksal ve siyasi alanda yetkili olduğu diğer işlerin sayısı oldukça fazla idi. Bir başka neden ise, Roma sınırlarının genişlemesine ve vatandaş olanların sayılarının artmasına bağlı olarak halk meclisinde oy kullanılmasının neredeyse imkansız hale gelmiş olmasıydı. Son olarak, Sulla'nın getirmiş olduğu bazı sınırlamalarla, halk meclisinin Roma hukuku içinde etkinliği azalmıştır.” Duncon Cloud, **The Cambridge Ancient History, The Last Age of The Roman Republic (146-43 B.C.) Vol. IX.** (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), s. 501-503; Bauman, **a.g.e.**, s. 21-22.

⁵³² Plescia, **a.g.m.**, s. 54-55.

⁵³³ M.Ö. 87'de Sulla'nın Roma'yı terk etmesinden sonra *consul* olarak seçilmiş olan Cinna, Sulla'nın koyduğu yeni düzeni yıkmış, onun getirmiş olduğu bütün kanunları kaldırmış ve *senatus* aleyhinde bir siyaset izlemiştir. Bu arada, Sulla'nın, yokluğunda yargılanarak vatan haini olarak ilan edilmesini sağlamıştır. Atlan, **a.g.e.**, s. 129. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Sulla*.html> (Erişim Tarihi: 17.05.2009)

⁵³⁴ Plescia, **a.g.m.**, s. 54-55.

⁵³⁵ Walton, **a.g.e.**, s. 210-211.

özgürlüklerin temel taşı olmuştur⁵³⁶. Zira bu kanun, hakkında ölüm, zincire vurulma gibi bedensel bütünlüğe yönelik haksız bir mahkûmiyet kararı verilmiş olan Roma vatandaşına, bu kararı halk meclisine götürme hakkını vermektedir⁵³⁷.

Magistra’ların denetlenmesi yollarından biri ve en önemlisi olan *provocatio*⁵³⁸, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini devletin haksız cezalandırma girişimlerine karşı teminat altına alan bir yoldu⁵³⁹. Genel olarak *coercito* yetkisi kendisine karşı kullanılarak yaptırım veya ceza tehdidi ile karşı karşıya kalan ve Roma şehri sınırları içerisinde yaşayan vatandaşların halk meclisine başvurarak müdahale edilmesini istemesi olarak ifade edilir⁵⁴⁰. *Magistra* tarafından *coercitio*’ya dayanarak tek taraflı olarak verilen kararın gereğinin yerine getirilmesini halk meclisi engelleyebilirdi. Bu başvuru yolu ile *magistra*’nın kararının bir kez daha incelenmesi talebi, bir hak olarak sınırlandırılmamıştır⁵⁴¹.

Pomponius’ait olan aşağıdaki metin, *provocatio* yolu ile itiraz hakkını açık bir biçimde belirtmektedir.

Dig. 1.2.2.16

Pomponius l.S. enchir.

“*Exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est: dicti sunt ab eo, quod plurimum rei*

⁵³⁶ *Provocatio ad populum* olarak da Roma hukuku metinlerinde yer alan bu itiraz hakkını ilk kez düzenleyen kanun olarak bilinen *Lex Valeria de Provocatione*, M.Ö. 509 tarihlidir. *Provocatio* yolunun genel çerçevesini belirleyen bu kanun, daha sonraki dönemlerde çıkarılan ve *provocatio*’yu konu alan M.Ö. 449 tarihli *Lex Valeria Horatia* ve M.Ö. 300 tarihli *Lex Valeria* kanunlarının temelini oluşturur. Cutler, **a.g.e.**, s. 70; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 145; Nasmith, **a.g.e.**, s. 19 ve 32; Turner, **a.g.e.**, s. 38; Walton, **a.g.e.**, s. 211-212.

⁵³⁷ Atlan, **a.g.e.**, s. 22.

⁵³⁸ *Provocatio*, günümüzde Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinin *habeas corpus* adı verilen ve “Bedenin senindir.” şeklinde tercüme edilen temel özelliklerinden birinin kaynağıdır.

⁵³⁹ Walton, **a.g.e.**, s. 211.

⁵⁴⁰ Cutler, **a.g.e.**, s. 70-71.

⁵⁴¹ Hardy, **a.g.e.**, s. 33; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 74; Strachan Davidson, V.ol. I., **a.g.e.**, s.136-138.

publicae consulerent. qui tamen ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab eis provocatio esset neve possent in caput civis romani animadvertere iniussu populi: solum relictum est illis, ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent.”

Dig. 1.2.2.16

Pomponius I.S. enchir.

“Kralların yerine iki *consul* atanmıştır ve bunlar kanunla en yüksek otoriteye sahip kılınmışlardır. Bu kişiler, özellikle Cumhuriyet yönetiminin yararı için kendisine danışılan kişiler olmasından dolayı bu şekilde adlandırılmıştır. Ancak bu kişilere karşı yapılan, her durumda krala ait yetkileri kullandıkları şeklindeki iddiaları önlemek için, kararlarına itiraz edilebilmesi sağlanmıştır. Böylelikle halk meclisinin onayı olmaksızın bir Roma vatandaşını ölüm, bedensel bütünlüğüne ilişkin bir yaptırım ve hapsedme cezalarını uygulayamazdı.”

Vatandaşın başvurusu üzerine halk meclisinin vereceği karar kesinleşinceye kadar *magistra*’nın kararının gereği, vatandaşa uygulanamazdı. *Provocatio*, Roma şehri sınırları dışında uygulanan bir başvuru yolu değildi. Roma şehri sınırları dışında, *magistra*’nın bu yetkisi sınırlandırılmazdı. Zira Roma şehri sınırları dışında *magistra*’nın *coercitio* yetkisi mutlak ve kısıtlanamaz nitelikte idi⁵⁴².

İlk zamanlar *magistra*’nın *coercitio* yetkisinin bir denetim yolu olarak algılanan *provocatio*, ceza mahkemelerinin yapısında meydana gelen değişikliklerle birlikte farklı bir görünüm kazanmıştır⁵⁴³. Cumhuriyet dönemi sonlarına doğru, *magistra*’nın sahip olduğu iktidarın sınırlandırılması için ceza mahkemelerinin kurulması düşüncesi ortaya çıkmıştır. Romalı idarecilerin rüşvet gibi hukuka aykırı davranışları ile ilgili eyaletlerde yaşayanların şikâyetlerinin incelenmesi, M.Ö. 171 yılında *magistra* ve beş senatörden oluşan ve mahkeme gibi karara bağlayacak olan bir heyete bırakılmıştı. Daha sonra bu heyet, hukuk davaları ile ileri sürülebilecek talepleri de incelemeye başlamış ve M.Ö.

⁵⁴² Lintott, Constitution, a.g.e., s.101-102; Mousourakis, a.g.e., s. 79-81.

⁵⁴³ Bkz., Yuk. Bölüm 1, 2.1.1.

149 yılında çıkarılan *Lex Calpurnia de repetundis* adlı kanunla daimi bir mahkeme niteliği kazanmıştır⁵⁴⁴. Her ne kadar teorik olarak *magistra*'ların cezalandırma yetkileri sınırlandırılmasa da, ceza mahkemelerinin kurulması ve kararın heyet tarafından belirlenmesi ile bu yetki uygulamada sınırlandırılmıştır. Bu mahkemelerin başkanı olduğu için yargılamada *magistra*'nın daha etkili olduğu kabul edilebilirse de, mahkemede yer alan hâkimler sadece *magistra*'nın karardan önce görüşlerini aldığı kişiler olarak nitelendirilemez. Dava süresince tüm olay ve delilleri kendilerince değerlendirdikleri ve davanın son aşamasında oy çokluğu ile karar verildiği için bu kişiler de yargılamada önemli fonksiyonlara sahipti⁵⁴⁵.

M.Ö. 149 yılında çıkarılan *Lex Calpurnia de repetundis* adlı kanunun getirdiği bir başka değişiklik, Roma vatandaşlarının *provocatio* adı verilen bir başvuru yolu ile *magistra*'ların kendilerine uyguladıkları cezaî yaptırımların yeniden gözden geçirilmesini halk meclisinde isteyebilmeleridir⁵⁴⁶. Ancak Roma vatandaşlarına sağlanan bu başvuru yoluna, verilen her türlü karar için başvurulamazdı. Verilen cezanın, ölüm ya da ağır para cezası gibi ağır cezalar olması durumunda bu yola başvurulabilirdi⁵⁴⁷. Hapis, hafif para cezası ve malın müsadereci gibi sonuçları nispeten daha hafif olan cezalar için halk meclisine başvuru kabul edilmemiştir⁵⁴⁸.

Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında *magistra*'nın sahip olduğu gücü ve takdir yetkisini sınırlamaya yönelik önemli girişimlerde bulunulmadığı düşünüldüğünde, bu gücün ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmış olmasının sınırlı bir biçimde de olsa *provocatio* yolu ile sınırlandırılması Roma hukuk tarihinde önemli bir gelişmedir. Cumhuriyet döneminde ilk zamanlar, Krallık döneminin gelenekçi yapısının izleri görülmüş ve bunun sonucunda bazı kurallar katı ve değişmez bir biçimde uygulanmıştır. *Magistra*'ların oldukça geniş bir alanda sahip oldukları *coercitio* yetkisinin, uzunca bir dönem herhangi bir sınırlandırma bulunmaksızın uygulanarak keyfi cezaların verilmesi

⁵⁴⁴ Strachan Davidson, Vol. I., **a.g.e.**, s.223-227; Jolowicz, **a.g.e.**, s. 327.

⁵⁴⁵ Strachan Davidson, Vol. II., **a.g.e.**, s. 45-50.

⁵⁴⁶ Hardy, **a.g.e.**, s. 33; Loewenstein, **a.g.e.**, s. 45; Mousourakis, **a.g.e.**, s. 147-148; Dawson, **a.g.e.**, s. 16.

⁵⁴⁷ Cutler, **a.g.e.**, s. 71; Girard, **a.g.e.**, s. 43-44.

⁵⁴⁸ Dawson, **a.g.e.**, s. 15.

bu anlayışın bir göstergesidir⁵⁴⁹. Bu durum, kamu gücünün kullanımının *magistra*'ya bırakılmasının amaçlarına ters düşerdi. Zira Roma'da, vatandaşlar tarafından kamu gücünün kullanım yetkisi kendisine bırakılan *magistra*'nın kendisini seçenlerin temel hak ve özgürlüklerini sürekli gözetmesi beklenirdi. Ancak sıklıkla *magistra*'ların bu amaca aykırı ve keyfi bir biçimde yetkilerini kullandıkları görülmüştür⁵⁵⁰.

1.4.2. Diğer Denetim Yolları

Magistra'ların *provocatio* dışında çeşitli diğer yollarla denetlenmesi de mümkündü. Bu yollardan biri *collega* veya *collegialitas* adı verilen meslektaş tarafından denetimi idi. Her *magistra* diğer meslektaşının kararlarını veto yetkisine sahipti⁵⁵¹. Veto yetkisinin karşılığı olarak kullanılan ve teknik bir terim olan *intercessio*, bir *magistra*'nın diğerine müdahalesi şeklinde anlaşılmaktadır⁵⁵². Bu yetkinin kullanımı için iki şartın gerçekleşmiş olması gerekliydi. Birincisi *magistra*'nın işlem ve kararlarının henüz tamamlanmamış olması, ikincisi eşit ya da daha üst bir *magistra* tarafından bu işlem ya da kararın veto edilmesi idi. Bu denetim yolunun asıl amacı, bir *magistra*'nın keyfi uygulamalarına karşı vatandaşları korumaktı⁵⁵³.

Eşit ya da daha üst derecede bir *magistra*'nın kullanmış olduğu veto yetkisi, bir *magistra*'nın uyguladığı işlemin veya aldığı kararın geçerliliğinin eşit ya da daha üst derecede bir *magistra*'nın onayına tabi olduğu anlamını taşımazdı. Zira prensip olarak her *magistra* bağımsız hareket ederek işlemler yapar ve kararlar alırdı⁵⁵⁴.

Veto yetkisi, *magistra* için hukuka uygun işlemler yapmasına yönelik bir ihtar niteliğinde olup, işlem veya kararın sonucunu önemli derecede etkilemezdi. Bu nedenle veto yetkisi nadiren kullanılırdı⁵⁵⁵.

⁵⁴⁹ Aynı, s. 15-16.

⁵⁵⁰ Strachan Davidson, Vol. I., a.g.e., s.96-110.

⁵⁵¹ Greenidge, a.g.e., s. 97; Abbott, a.g.e., s. 154; Lintott, Constitution, a.g.e., s.101.

⁵⁵² Cutler, a.g.e., s. 78.; Mousourakis, a.g.e., s. 75.

⁵⁵³ Girard, a.g.e., s. 43; Abbott, a.g.e., s. 154; Burdick, a.g.e., s. 670.

⁵⁵⁴ Loewenstein, a.g.e., s. 48-49.

⁵⁵⁵ Abbott, a.g.e., s. 154.

Eşit *magistra*'lar arasında veto yetkisinin kullanımı ile birlikte çelişkili kararların ortaya çıkmasını engellemek için *provincia* denilen bölge esası getirilmiştir⁵⁵⁶. *Provincia* genellikle Roma'nın bölgesel yönetim şeklini ifade eden, İtalya sınırları dışında Romalıların savaş yolu ile ele geçirdiği toprak veya bölgeler için kullanılan bir kelimedir⁵⁵⁷. *Provincia*'nın karşılığı, ele geçirilen toprak veya bölgeleri ifade eden eyalet kelimesi olmasına rağmen, anlam olarak yüksek bir memurun görev ve yetki alanını ifade ederdi⁵⁵⁸. Roma *magistra*'ları için kullanılıyorsa, bu kelimenin *magistra*'ların görev veya hâkimiyet alanı olarak algılanması gerekir⁵⁵⁹. Bu aynı zamanda *magistra*'nın yetkilerinin denetlenmesini sağlayan bir başka yol olarak düşünülebilir⁵⁶⁰. Zira sorumlulukların eyaletlere göre bölüşülmesi durumunda bir eyaletin sınırları bakımından görevli olan *magistra*, yetkilerini başka bir eyaletin sınırları içerisinde kullanamazdı⁵⁶¹.

1.5. *Magistra*'ların Görevlerine Son Verilmesi

Magistra'lar, görev süreleri boyunca hukuka ve hakkaniyete aykırı işlemler yapmışlarsa ancak görev sürelerinin bitiminden itibaren özel hukuk ya da ceza hukuku anlamında yargılanabilirlerdi. Seçilmiş olan *magistra*'ların, yargı kararı ile değil fakat *senato* tarafından ya da hiyerarşik olarak üstü konumunda olan bir *magistra* tarafından veyahut halk mahkemesi tarafından görevlerine son verilebilirdi. Ayrıca, çok ciddi devlet krizleri ya da iç karışıklık dönemlerinde başa geçen ve en yetkili *magistra* konumuna getirilen *dictator*, suç işledikleri gerekçesi ile *magistra*'ları görevlerinden alabilirdi⁵⁶².

M.Ö. 1. yüzyıla kadar seçilmiş *magistra*'nın görevden alınması ile ilgili örnek yoktur. Görevden alınan yahut cezalandırılan *magistra*'larla ilgili bilinen en iyi örnekler

⁵⁵⁶ Aynı, s.155-156.

⁵⁵⁷ Mousourakis, **a.g.e.**, s. 157.

⁵⁵⁸ Demircioğlu, **a.g.m.**, s. 443.

⁵⁵⁹ Muirhead, **a.g.e.**, s. 5.

⁵⁶⁰ Daha ayrıntılı bilgi için bkz., Ramsay, **a.g.e.**, s. 184-195.

⁵⁶¹ Lintott, Constitution, **a.g.e.**, s. 102.

⁵⁶² Plescia, **a.g.m.**, s. 55.

ise, M.Ö. 63 yılında Lentulus Sura isimli *praetor*'un⁵⁶³ ve M.Ö. 43 yılında Gallius isimli *praetor*'un⁵⁶⁴ yargılanmalarıdır. Ayrıca, M.Ö. 169 yılında görev yapan bazı *censor*'lar ve M.Ö. 57 yılında Appius Claudius Pulcher gibi kendi istekleri ile görev süreleri bitmeden yargılanmak için istifa eden bazı *magistra*'lar olmuştur⁵⁶⁵.

2. ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİNDE HÂKİMİN (*IUDEX*) SORUMLULUĞU

2.1. Genel Olarak

Iudex cognitionis'ler yani sistem dışı yargılamanın hâkimleri hariç atanmış hâkimler, bir çeşit geçici hâkimlik görevi üstlenen, toplumda saygın bir konuma ve belli bir malvarlığına sahip özel kişilerdi. Davayı karara bağlaması için atanmış olan özel kişi hâkimlerin, kamu görevini yerine getiren bir hâkim gibi hareket etmeleri zorunluydu. Bu zorunluluğa ve belirlenmiş görev kurallarına rağmen, Roma'da hâkimlerin bazı hukuka aykırı davranışlarda bulundukları görülmüştü. Bu anlamda özellikle rüşvet almalarına⁵⁶⁶, kamusal otoritenin yani *magistra*'ların davanın görülmesi ile ilgili talimatlarına aykırı kararlar almalarına Roma hukukunun her döneminde

⁵⁶³ Asıl adı Publius Cornelius Lentulus Sura olan ve M.Ö. 81 yılında *quaestor* olarak, M.Ö. 75 ve 63 yıllarında ise iki defa *praetor*'luk yapmış olan bu kişi Roma tarihi içinde kötü şöhreti ile bilinen *magistra*'ların başında gelir. M.Ö. 81 yılında Sulla tarafından gereksiz kamu harcamalarında bulunmasından ötürü suçlanmış fakat bu suçlamaları reddetmiştir. M.Ö. 70 yılında karıştığı ahlaka aykırı bazı olaylar sonucunda senato'dan ihraç edilmiştir. Daha sonra Catiline adı verilen Roma şehri içinde gerçekleştirilen bazı suikast olaylarının düzenlenmesinde etkili olan kişilerden olduğu için tutuklanmış ve sonrasında ölüm cezasına çarptırılmıştır. T. P. Wiseman, **The Cambridge Ancient History, The Last Age of The Roman Republic (146-43 B.C.) Vol. IX.** (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), s. 225, 344 ve 354-356.

⁵⁶⁴ “M.Ö. 43 yılında *praetor* olan Gallius, Octavius’a kaşı suikast planı düzenlediği için yargılanmış ve görevine son verilmiştir. Daha sonra gizemli bir şekilde denizde ölü olarak bulunmuştur.” Barbara Levick, **Tiberius The Politician**, (Oxford: Routledge, 1999), s. 19.

⁵⁶⁵ Plescia, **a.g.m.**, s. 55-56.

⁵⁶⁶ Roma'da hâkimlerin yargılama alanındaki yanlış davranışlarına bazen, rüşvet almalarını kapsayacak şekilde *sordes*, bazen kasten yapılan dürüstlüğü aykırı davranışlarını ve verilen kararları kapsayacak şekilde *iniquitas* bazen de *iniuria* denilmiştir. Gökçe Türkoğlu Özdemir, “**Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu**,” Yayınlanmamış Tebliğ, “Roma Hukukundan Modern Hukuka 1. Uluslararası Sorumluluk Hukuku Sempozyumu”, İstanbul, 17- 18 Ekim 2007.

rastlanılmıştır⁵⁶⁷.

Her toplumda olduğu gibi, Roma’da da çok basit yargısal hatalarla hâkimlerin masum kişileri haksız yere mahkûm ettiği örneklerle karşılaşmıştır. Bu çeşit hataların sonradan tespit edilmesi durumunda mahkemelerin bu kişilerden yalnızca özür dileyerek onları serbest bırakmaları ya da eski durum iadesine karar verilmesi kabul edilemezdi. Böyle bir durum söz konusu olduğunda hukuk sisteminde yer alması gereken başlıca çözüm yolu hâkimin sorumluluğunun kabulüdür.

Hâkimin sorumluluğuna yol açan başlıca olaylar hâkimin davayı gereği gibi yönetmemesi ve rüşvet almasıdır. Hâkimin davayı gereği gibi yönetmemesi ve rüşvet alması, adâlet sisteminin fonksiyonlarını tam olarak yerine getirmesine ciddi biçimde engel olan başlıca sorunlardır. Roma hukukundan günümüze kadar bu sorunlar ciddi biçimde ele alınmış ve çözüm yolu olarak da hâkimin sorumlu tutulması kabul edilmiştir⁵⁶⁸.

Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun hangi andan itibaren başladığı aşağıdaki metin dikkate alınarak belirlenebilir.

Dig. 2.4.2

Ulpianus 5 ad ed.

“praeterea in ius vocari non debet.... nec iudicem dum de re cognoscat.”

Dig. 2.4.2

Ulpianus 5 ad ed.

“Ayrıca, hâkime yargısal görevlerini yerine getirdiği esnada mahkeme önüne yargılanmak üzere davet gönderilmez.”

Yukarıda yer alan metinden anlaşıldığı üzere hâkimin, bu sıfatını taşıdığı sürece

⁵⁶⁷ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 102.

⁵⁶⁸ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 31-69; Hoeflich, **a.g.m.**, s. 79.

yargılamadan muaf olduğu, başka bir ifade ile belirli bir dava için atanmış hâkimin, dava sonuçlanıncaya kadar yargısal anlamda sorumluluğunun bulunmadığıdır. O halde hâkimin sorumluluğuna ilişkin olarak yapılabilecek ilk belirleme, sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılmış olduğudur. Sadece belirli bir dava ile ilgili olarak atanan ve belirli uyuşmazlık bakımından yargılama faaliyetinde bulunması için yetkiler verilen özel kişi hâkimlerin, kararla birlikte görev süreleri sona ererdi. Bu andan itibaren atamadan önceki yaşantılarına geri dönerlerdi ve görev süresi içinde yapmış oldukları hukuka aykırı davranışları dolayısıyla hukukî ve cezai anlamda yargısal sorumluluğa tabi olurlardı⁵⁶⁹.

Yargı bağımsızlığının sağlanması için, hâkimlerin yargısal sorumsuzluğa sahip olmaları büyük bir öneme sahiptir. Roma hukukunda genellikle siyasi bir geçmişi olan özel kişiler arasından seçilen hâkimlerin de, dava süresince herhangi bir kişi ya da organa karşı sorumlu olmadıklarını bilerek yargılama yapmaları beklenirdi. Ancak Roma hukukunda, günümüzdeki anlamıyla hâkimin bağımsızlığı gibi bir kurum bulunmamakla birlikte, hâkimin görev süresince sorumsuz olduğunun kabulü, günümüzdeki anlamı ile hâkimin bağımsızlığını pekiştiren bir düzenleme olarak düşünülebilir. Diğer taraftan âdil olmayan ve taraflı bir yargılama yapan hâkimlerin yargılama sonunda karar verdikleri andan itibaren sorumluluklarını kabul edilmesi hâkimin kararının denetimsiz bırakılmamasını sağlamıştır⁵⁷⁰.

Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun, hukuksal ve cezai sorumluluk şeklinde incelenebileceği düşünülse de, özellikle Roma'nın ilk dönemleri bakımından böyle bir ayırım yapmak oldukça güçtür. Daha sonraki dönemlerde ise cezai yaptırımlar kanunlarla açık bir biçimde belirtilmiş olsa da, hâkimin hukukî ve cezai sorumluluğu ayırımından söz edilebileceği belirsizdir⁵⁷¹. Diğer taraftan *ius civile*, kanunlar ve *edictum*'lar gibi sorumluluğun hukuksal kaynakları ve Roma hukukunun Krallık,

⁵⁶⁹ Plescia, **a.g.m.**, s. 58.

⁵⁷⁰ Marie Adornetto Monahan, "The Problem of 'The Judge Who Makes The Case His Own': Notions Of Judicial Immunity And Judicial Liability in Ancient Rome," **The Catholic University Law Review**, Vol. 49: 429-448, (2000), s. 440.

⁵⁷¹ "Roma hukukunda hâkimin sorumluluğu belirlenirken, hukuk davası hâkimi ya da ceza davası hâkimi olup olmadığı dikkate alınmazdı." MacCormack, **a.g.m.**, s. 3.

Cumhuriyet ve İmparatorluk gibi siyasi dönemleri de dikkate alındığında hâkimin hukuksal ve cezai olarak sorumluluğunun incelenmesinin kolay olmadığı anlaşılmaktadır⁵⁷².

Dolayısıyla Roma hukuku bakımından, hâkimin “hukukî ve cezai sorumluluğu” şeklinde bir ayırım yapmak, sorumluluğunun incelenmesini kolaylaştırmak yerine zorlaştırır⁵⁷³. Metinlere bakıldığında, Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun başlıca iki boyutunun bulunduğu anlaşılmaktadır. İlk olarak hâkimin almış olduğu rüşvet dolayısıyla cezai anlamda sorumluluğunun Roma hukukunda sıklıkla yer edinen

⁵⁷² Türk hukukunda ise hâkimin hukukî, idari ve cezai sorumluluğu mevcuttur. Hâkimin hangi hallerde hukukî sorumluluğunun söz konusu olacağı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 573-576. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buradaki hükümler hukuk hâkimleri, icra hâkimleri, ceza hâkimleri hakkında uygulanır. Her ne kadar ceza hâkimlerinin sorumluluğunda bu hükümlerin uygulanabileceği madde metninde açıkça yazmasa da, bu konuda 25.3.1931 gün ve Esas no 19, Karar no 25 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile bu hükümlerin ceza hâkimleri hakkında uygulanabileceği belirtilmiştir. Şikâyet üzerine hâkimler hakkında disiplin soruşturması yapılır. Hâkimler hakkında yapılacak disiplin soruşturması ve disiplin cezası verilmesi Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda düzenlenmektedir. Soruşturmayı Adâlet Bakanlığı’nın izni ile adâlet müfettişleri yapar. Soruşturmaya başladıktan sonra şikâyetten vazgeçilse dahi soruşturmaya devam edilir. Şikâyetin haksız olduğu anlaşılırsa Ceza Usûl Muhakemeleri Kanunu gereği soruşturma masrafları haksız şikâyet edenden tahsil edilir. Hâkim hakkında soruşturma tamamlandıktan sonra soruşturma evrakı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’ne gönderilir. Müdürlüğün düşünce yazısı ile ve Adâlet Bakanı’nın onayı ile ceza, Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından verilir. Verilecek cezalar: uyarma, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması, derece ilerlemesinin durdurulması, yer değiştirme ve meslekten çıkarmadır. Hangi durumda hangi cezanın verileceğini Hâkim ve Savcılar Kanunu’nun 62 vd. maddelerinde belirtilmektedir. Ayrıca hâkimin cezai sorumluluğu da bulunur. Örneğin rüşvet (Türk Ceza Kanunu madde 252-255), görevi ihmal edilmesi (TCK m. 257) hâkimin cezai sorumluluğunun düzenlendiği maddeler arasında yer alır. Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi - Cilt II**. (İstanbul: Güven Basımevi, 1939), s. 553-562; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü – Cilt VI**. (İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti., 2001), s. 5829-5875; Erdal Tercan, “Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576), ‘Hâkim’ Kavramı Açısından Uygulama Alanı,” **AÜHFD**, Cilt no 44, Sayı no 1: 233-252, (1995), s. 234-252; Ahmet Kılıçoğlu, “Hâkimin Hukukî Sorumluluğu,” **AÜHFD**, Cilt no 30, Sayı no 1: 231-269, (1973), s. 232, 239-241.

⁵⁷³ MacCormack, **a.g.m.**, s. 3.

bir konu olduğu görülmektedir⁵⁷⁴. Diğeri ise hâkimin görev kuralları ile ilgili hukuka aykırı davranışları dolayısıyla hukuksal anlamda sorumluluğudur. Sorumluluğun bu iki boyutu, hukuksal kaynaklar ve çeşitli dönemler dikkate alınarak incelenebilir.

2.2. Hâkimin Aldığı Rüşvet Dolayısıyla Cezai Sorumluluğu

2.2.1. Oniki Levha Kanunları'nda

Roma sınırları içinde her alanda olduğu gibi adâletin sağlanmasında da sosyal statü farklılıklarının neden olduğu bir eşitsizlik durumu hâkimdi. Sosyal statü farklılıklarının yanı sıra özellikle davanın taraflarından birisinin toplum içinde zengin kişilerden biri olması da bu eşitsizliği yaratan durumlardan biriydi. Bu kişiler, davada etkili ve güzel konuşan vekillerle temsil edildikleri için, statü ve malvarlığı bakımından kendilerine eşit olmayan davanın diğer tarafına göre henüz dava başlamadan önce üstün konumda olurlardı. Bu kişilerin, duruşma öncesinde veya sırasında rüşvet teklifi gibi çeşitli yollarla davayı gören hâkimi etkiledikleri ve hâkimlerin “kolay satın alınabilen kişiler” olarak nitelendirilmelerine neden oldukları bilinmektedir⁵⁷⁵.

Roma hukukunda bazı hâkimler, ücret almaksızın yapılan yargılamanın kendilerine kazandırdığı onur ve şerefle yetinmemişler, yaptıkları işin karşılığı olarak maddi veya maddi olmayan kazançların kendilerine sağlanması gerektiği düşüncesi ile hareket etmişlerdir⁵⁷⁶. Ancak Roma'nın ilk dönemlerinden itibaren gerek davayı gören tek hâkimin (*unus iudex*) gerekse de heyet halinde görev yapan hâkimlerin herhangi bir şekilde teklif edilen rüşveti kabul etmeleri yasaklanmıştı⁵⁷⁷.

Roma hukukunda kanunlar, Oniki Levha Kanunları'ndan itibaren yazılı hale

⁵⁷⁴ Aşağıda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Roma hukukunda hâkimin rüşvet alması günümüzden farklı ve daha geniş bir anlam taşırdı. Sadece belirli bir kararın karşılığı olarak alınan para anlamında değil, aynı zamanda hâkimin yargılama süreci içerisinde sahip olduğu üstün konumunu kullanarak, tanık beyanını dikkate almama veya tanık dinlememe gibi bazı usûl kurallarını ihlal etmesinin karşılığı olarak kabul edilen her türlü edinimini de içeren geniş bir anlama sahiptir.

⁵⁷⁵ Harries, *a.g.e.*, s. 100.

⁵⁷⁶ Kelly, *Litigation*, *a.g.e.*, s. 33-42.

⁵⁷⁷ Leanne E. Bablitz, *Actors and Audience in the Roman Courtroom* (Oxford: Routledge, 2007), s. 115.

getirilmeye başlamıştır. Oniki Levha Kanunları’nda yargılama hukukuna ilişkin çok az sayıda hüküm yer almasına rağmen, hâkimin aldığı rüşvet dolayısıyla sorumluluğu bir hüküm altında belirtilmiştir⁵⁷⁸.

Oniki Levha Kanunları, 9. 3 :

“Iudex, qui ob rem iudican- dam pecuniam accepisse convictus est, capite punitur.”

Oniki Levha Kanunları, 9. 3 :

“Bir ceza davasında belirli bir hüküm vermesi karşılığında rüşvet alan hâkim, ölüm cezasına çarptırılır.”

Görüldüğü üzere Oniki Levha Kanunları, rüşvet alan hâkime ölüm cezasının verilmesini öngörürdü⁵⁷⁹. Dolayısıyla hâkimin cezai sorumluluğu, kapsamında sadece rüşvet suçu yer alan sınırlı bir sorumluluktur. Bu dönemde hâkimin rüşvet suçu, kasıt unsurun aranmasına dahi gerek duyulmayan ve ağır bir yaptırım uygulanmasını gerektiren bir suç olarak kabul edilmiştir⁵⁸⁰.

Oniki Levha Kanunları, Eski Roma hukukunun izlerini taşırdı. Bu nedenle Roma hukukunun en ilkel kanunlarından biri olarak kabul edilebilir⁵⁸¹. Hâkimin aldığı rüşvet dolayısıyla ölüm cezasına mahkûm edilmesi, Eski dönem Roma hukukunda suç

⁵⁷⁸ Lee, **a.g.e.**, s. 401; Monahan, **a.g.m.**, s. 441.

⁵⁷⁹ Gellius, 20.1.7’de, “*Duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem [iu]dic[a]ndam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?*” Yani, “Yargılama ile ilgili olarak para kabul etmiş olan hâkim ya da hakemin ölümle cezalandırılmasını kabul eden kanunun sert olduğunu düşünmez misiniz?” şeklinde belirtilmektedir. Bu ifadede, Oniki Levha Kanunları 9.3’te yer alan hükme atıf yapılmaktadır. Bkz. <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/20*.html> (Erişim Tarihi: 27.05.2009)

⁵⁸⁰ Monahan, **a.g.m.**, s. 442.

⁵⁸¹ “Roma’nın ilk Kralı Romulus’un zinaya teşebbüs eden kadınların ölümle cezalandırılmalarını emrettiği bilinmektedir. Romulus’tan sonra başa geçen Kral Numa zamanında cezalar daha hafifti. Örneğin, kasıt olmaksızın bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren kimsenin, tazminat olarak ölenin ailesine bir koç sunması gerekirdi. Tullus Hostilitus zamanında vatana ihanetten suçlu bulunan bir kimse, bir ağaca bağlanarak ölünceye kadar dövülürdü.” Bauman, **a.g.e.**, s. 9.

sayılan bir fiili gerçekleştiren kişiye karşı, o suçun neden olduğu zararın ağırlığınca, misilleme şeklinde bir yaptırımın uygulanması gerektiği düşüncesinden kaynaklanırdı⁵⁸². Dolayısıyla, hâkimin bu davranışına uygun olan ölüm cezası, Oniki Levha Kanunları'nın hemen her hükmünde izleri görülen “kisas” prensibine dayanırdı⁵⁸³. Bu prensibin, “bir suça karşılık verilecek cezanın o suçun şiddetinde olması gerektiği” fikrine dayandığı düşünülürken, Romalıların eski dönemlerde hâkimin rüşvet suçu işlemesini ağır bir suç olarak kabul ettikleri anlaşılmaktadır⁵⁸⁴. Rüşvet nedeniyle sorumluluğun doğmasında önemli olan, hâkimin rüşveti teklif veya kabul etmiş olmasıydı. Verilen karar doğru olsa bile, hâkim aldığı rüşvet dolayısıyla ölüm cezasına mahkûm edilirdi⁵⁸⁵.

Burada belirsizlik taşıyan konu, hâkimin rüşveti hangi tür davada aldığıdır⁵⁸⁶. Oniki Levha Kanunları 9. 3' te yer alan yukarıdaki hüküm, her çeşit dava bakımından mı ya da sadece ölüm cezası gerektiren bir ceza davasında alınan rüşvet için mi geçerlidir? Kanımızca, ölüm cezasını gerektiren bir davada, ölüm cezası vermek ya da vermemek üzere rüşvet almış hâkimin aynı şekilde bu cezaya mahkûm edilmesinin öngörüldüğü düşünülebilir. Zira yukarıda belirtildiği gibi, rüşvet alan hâkimin ölüm cezasına mahkûm edilmesini öngören Oniki Levha Kanunları'nda genel olarak kısas prensibine göre ceza verilmesi kabul edilirdi.

Daha sonraki dönemlerde Oniki Levha Kanunları'nda yer alan bu hükme herhangi bir şekilde atıf yapılmamıştır. Roma hukuku kaynaklarından anlaşıldığı üzere, hâkimin almış olduğu rüşvet dolayısıyla sorumluluğu çeşitli kanunlarla düzenlenmiştir⁵⁸⁷. Ancak M.Ö. 59 yılında çıkarılan *Lex Julia de Repetundis* adlı kanuna kadar, bu kanunlarda rüşvetten sorumluluğu konusunda atıf yapılan hâkimlerin, ceza mahkemeleri hâkimleri oldukları ve sorunun asıl olarak yasal davalar (*legis actiones*) ve

⁵⁸² Walton, **a.g.e.**, s. 220-221.

⁵⁸³ Örneğin, kasıtlı olarak bir kimsenin ahır veya ambarını yakan kişinin canlı olarak ateşe atılarak yakılması, kısas prensibinin katı bir biçimde uygulandığını göstermektedir. Bauman, **a.g.e.**, s. 9.

⁵⁸⁴ Monahan, **a.g.m.**, s. 442.

⁵⁸⁵ Kelly, *Litigation*, **a.g.e.**, s. 110.

⁵⁸⁶ MacCormack, **a.g.m.**, s. 4.

⁵⁸⁷ Roma Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemlerinde çıkarılan yargılamaya ilişkin olan kanunlar “*Leges Iudiciorum Publicorum*” adı altında incelenir. Bauman, **a.g.m.**, s. 103.

formula sistemlerine uygun şekilde belirlendiği görülmektedir⁵⁸⁸.

2.2.2. *Lex de Pecunia ob Rem Iudicandam*

Hâkimin rüşvet suçu ile ilgili sorunlar kaynaklarda sıklıkla yer alan konuların başında gelirdi⁵⁸⁹. Hâkimlerin almış oldukları rüşvet dolayısıyla sorumluluklarının önceden kanunlarla belirlenmiş olması⁵⁹⁰, onların bu tür davranışlarda bulunmaması için tehdit unsuru oluştururdu⁵⁹¹. Roma hukuku kaynaklarında hâkimin rüşvet almasına ilişkin olarak bilinen en eski Cumhuriyet dönemi kanunu, M.Ö. 142 tarihli *Lex de Pecunia ob Rem Iudicandam*'dır. M.Ö. 142 yılında Lucius Tubulus hakkında açılan ceza davası, hâkimin rüşvet almasına ilişkin olarak bu kanuna dayanılarak açılan bir ceza davası örneğidir⁵⁹². Bu dava ile ilgili bilgilere Cicero'nun şu sözleri ile sahip olunmaktadır⁵⁹³:

Cicero, de Finibus 2.16.54

“an tu me de L. Tubulo putas dicere? qui cum praetor quaestionem inter sicarios exercuisset, ita aperte cepit pecunias ob rem iudicandam, ut anno proximo P. Scaevola tribunus plebis ferret ad plebem vellente de ea re quaeri. quo plebiscito decreta a senatu est consuli quaestio Cn. Caepioni.

⁵⁸⁸ “*Lex Julia de Repetundis* hükümleri her türlü mahkeme hâkimleri için uygulanırdı.” MacCormack, **a.g.m.**, s. 6.

⁵⁸⁹ Aynı, s. 6.

⁵⁹⁰ Roma hukukunda hâkimin almış olduğu rüşvetten sorumluluğunu özel olarak ve doğrudan düzenleyen bir kanun bulunmamaktadır. Roma hukukunda yargılamaya ilişkin olan kanunlar (*leges iudiciariae*) içerisinde rüşvete ilişkin olan hükümler, hâkimlerin cezai sorumluluğunu ortaya koymaktadır. Griffin, **a.g.m.**, s. 108.

⁵⁹¹ “Böyle bir tehdidin bulunmasına rağmen, Roma’da hâkimin rüşvet alması veya teklif etmesi olayları ile sıklıkla karşılaşılırdı. Teklif veya kabul şeklinde gerçekleşen bazı rüşvet suçları açık bir biçimde ve korkusuzca işlenirdi. Özel bir dava için seçilmiş bu kişiler, satın alınma isteklerini açık bir biçimde ve herhangi bir sıkıntı duymaksızın açığa vururlardı.” Bablitz, **a.g.e.**, s. 115-116.

⁵⁹² A. N. Sherwin-White, “The Extortion Procedure Again,” **The Journal of Roman Studies**, Vol. 42., No. 1-2: 43-55, (1952), s. 46; Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 34; MacCormack, **a.g.m.**, s. 6; Greenidge, **a.g.e.**, s. 421.

⁵⁹³ Marcus Tullius Cicero, **De Finibus Bonorum Et Malorum** (Dublin: Hodges, Smith et Soc.,1856), s. 81-82.

profectus in exilium Tubulus statim nec respondere ausus; erat enim res aperta.”

Burada Lucius Tubulus'un, *praetor* olarak başkanlığını yapmış olduğu cinayet davalarında belli bir hükmün verilmesinin karşılığı olarak açık bir biçimde rüşvet aldığı anlatılmaktadır. Bir sonraki yıl Publius Scaevola *pleb* tribünü olarak halkın meclisi önüne bu olayı götürerek Tubulus hakkında bir soruşturma başlatılmasını sağlamıştır. Daha sonra senato bu özel soruşturma için *consul* Gnaeus Caepio'yu atamıştır. Ancak Tubulus ülkeyi terk ederek, cesaret edip davasına katılmamıştır. Dolayısıyla suçluluğu kesinleşmiştir⁵⁹⁴.

2.2.3. *Lex Sempronia Ne Quis Iudicio Circumveniretur*

Lex de Pecunia ob Rem Iudicandam'dan bir süre sonra Gracchus M.Ö. 123 yılında *Lex Sempronia Ne Quis Iudicio Circumveniretur* adlı kanunu çıkarmıştır. Genel olarak bu kanunun amacı, mahkeme tarafından hatalı bir mahkûmiyet kararı verilmesi gibi yargılama ile ilgili çeşitli konuların ve bu kapsamda özellikle hâkimin almış olduğu rüşvet dolayısıyla sorumluluğunun belirlenmesiydi⁵⁹⁵. Bu kanunla ilgili olarak bilinenlerin neredeyse tamamı Cicero'nun aşağıda yer alan ifadelerinden ortaya çıkmaktadır⁵⁹⁶.

Cicero, Pro Cluentio 151⁵⁹⁷:

“Atque ut omittam leges alias omnis quibus nos tenemur, ceteri autem sunt ordines liberati, hanc ipsam legem: 'ne quis iudicio circumveniretur' C. Gracchus tulit; eam legem pro plebe, non in plebem tulit”

Cicero, üvey babası Oppianicus'u öldürmekle yargılanan müvekkili Aulus

⁵⁹⁴ Marcus Tullius Cicero, **On Moral Ends** Çev. Raphael Woolf (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), s. 44.

⁵⁹⁵ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 35.

⁵⁹⁶ MacCormack, **a.g.m.**, s. 7; Sherwin-White, **a.g.m.**, s. 46.

⁵⁹⁷ Bkz. <http://www.uah.edu/student_life/organizations/SAL/texts/latin/classical/cicero/procluentio.html> (Erişim Tarihi: 29.05.2009); Ayrıca bkz., M. Tullius Cicero, **The Orations of Marcus Tullius Cicero**. Çev. C. D. Yonge, B. A. London. Henry G. Bohn (York Street: 1856).

Cluentius Habitus'u savunurken yukarıda yer alan ifadeleri ile bu kanuna atıfta bulunmuştur. Cicero, bu kanunun Gracchus tarafından, benzer hükümler içeren diğer tüm kanunlardan önce bağlayıcılığı olacak şekilde ve tüm Roma halkının faydalanması için yürürlüğe getirildiğini belirtmektedir.

Kanunun adında geçen ve Cicero'nun da kullanmış olduğu “*quo quis iudicio circumveniretur*” ifadesinin tercümesinin kesin bir biçimde yapılması kolay değildir. Bununla birlikte genel anlamda bu ifade ile yargılama organlarının aldıkları rüşveti de kapsayan hukuka aykırı davranışlarının ifade edildiği düşünülebilir⁵⁹⁸. Burada yer alan hukuka aykırı davranışlar, yargılama organlarının ağır hukukî hata olarak ifade edilen ve bazen kasıtlı olarak bazı durumlarda ise ağır ihmal sonucunda âdil olmayan kararlar vermesi şeklinde algılanabilir. Bu anlamda Cicero, Pro Cluentio 144'te belirtilen “*qui coisset quo quis condemnaretur*.” yani “her kim, birinin mahkûmiyetine ilişkin gizli anlaşmalar yaparsa” ifadesinin içerisinde rüşvet alan hâkimin de bulunacağı kesindir⁵⁹⁹. Ancak Cicero, Pro Cluentio 145'te hâkimlerin almış oldukları rüşvete ilişkin olan bu kanunun hükümlerinin yalnızca *magistra*'lar ve senatörler için uygulandığını belirtmektedir⁶⁰⁰.

2.2.4. *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis*

M.Ö. 81 tarihinde *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis*⁶⁰¹ adlı kanun kabul

⁵⁹⁸ MacCormack, **a.g.m.**, s. 7.

⁵⁹⁹ Sherwin-White, **a.g.m.**, s. 46.

⁶⁰⁰ Bu durum *equites* sınıfından olan hâkimlere tanınmış bir ayrıcalık olarak kabul edilebilir. Greenidge, **a.g.e.**, s. 422; Griffin, **a.g.m.**, s. 114. Ayrıca bkz., Cicero, Cluentio, 104 ve 148.

⁶⁰¹ “Roma hukukunda cinayet davalarının görülmesi ile ilgili olarak geniş bilgiler sağlayan ve bazı değişikliklerle imparatorluk döneminde de geçerliliğini sürdürmüş bir kanundur. Kanunun kapsamını asıl olarak “*Sicariis et Veneficiis*” yani “cinayet ve zehirlenme” suçları oluşturmaktadır. M.Ö. 142 yılına kadar cinayet davaları, olayın gerçekleşme şekline göre (silah kullanarak, zehirleyerek gibi) farklı mahkemeler tarafından görülürken, bu kanunla birlikte cinayet olaylarının görüleceği mahkemeler birleştirilmiştir. M.Ö. 86 yılında yakın bir akrabasının öldürülmesi yani “*parricida*” suçu bu kanun kapsamına dâhil edilmiştir. İmparatorluk döneminde ise çocuk düşürme, kundakçılık, deniz enkazının gizlenmesi gibi Cumhuriyet döneminde ilgili herhangi bir hüküm bulunmayan bazı fiiller, suç kabul edilerek bu kanunun kapsamına dâhil edilmiştir.” Andrew M. Riggsby, **Crime & Community in Ciceronian Rome** (Austin: University of Texas Press, 1999), s. 50.

edilmiştir. Bu kanun aynı zamanda M.Ö. 123 yılında *Lex Sempronia Ne Quis Iudicio Circumveniretur* adlı kanunu da kapsayacak düzenlemeler içermektedir⁶⁰². Bu kanunun kapsamı ile ilgili en geniş bilgiler, Dig. 48.8.'de ” *Ad legem corneliam de siccariis et veneficis*” başlığı altında yer almaktadır⁶⁰³.

Dig. 48.8.4pr.

Ulpianus 7 de off. procons.

“Lege cornelia de sicariis tenetur, qui, cum in magistratu est esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus permissum non sit.”

Ulpianus’a ait yukarıdaki metin, hukukun izin vermediği bir ölüm cezasını, gerçekte masum olan bir kişiye vermek için herhangi bir şey yapan yargılama makamlarının (burada *praetor*), *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis* çerçevesinde sorumlu olduklarını belirtir.

Dig. 48.8.1pr.

Marcianus 14 inst.

“Lege cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: ...quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur.”

Dig. 48.8.1.1

Marcianus 14 inst.

“quive magistratus iudexve quaestionis ob capitale causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret.”

⁶⁰² MacCormack, **a.g.m.**, s. 8; Riggsby, **a.g.e.**, s. 50; Stephen, **a.g.e.**, s. 18-19; Cicero, Cluentio, 144.

⁶⁰³ Bununla birlikte “*De Publicis Iudiciis*” yani “Kamu Davaları Hakkında” başlıklı Iust. Inst. 4.18’de bu kanuna kısaca değinilmiştir. Ancak Iust. Inst. 4. 18. 12’de belirtildiği üzere, sadece fikir vermek için burada belirtilen kanunlarla ilgili geniş bilgiler, asıl olarak Digesta’da yer almaktadır.

Marcianus'a göre, *magistra* yahut bir davayı gören kişi olarak, bir ceza davası görülürken suçsuz olan bir kimseyi mahkûm etmek için bir kimsenin yalan yahut yanlış beyanını dikkate alanlar, *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis* çerçevesinde sorumludur. Bununla birlikte, *magistra* ya da hâkim olsun, bir cinayet davasında bir kimsenin kamu hukuku kuralları çerçevesinde yargılanmasını sağlamak için rüşvet alanların da bu kanuna göre sorumlu olduklarını belirtir.

Lex Cornelia de Sicariis esas olarak hâkimin ölüm cezasına çarptırılmasını öngörmüştür⁶⁰⁴. Uygulamada ise, genellikle hâkimin sınır dışı edilerek aynı zamanda vatandaşlıktan çıkarıldığı görülürdü. Bu kanun kapsamında bir hâkim, sadece hakkında ölüm cezası talep edilen ve gerçekte masum bir kimsenin mahkûm edilmesi konusunda bir kimse ile anlaşmışsa suçlu bulunurdu⁶⁰⁵.

Paulus, Sent. 5, 23, 11(10)⁶⁰⁶:

“Iudex qui in caput fortunasque hominis pecuniam acceperit, in insulam bonis ademptis deportatur.”

Yukarıdaki metin bu kanun kapsamında verilebilecek olan diğer cezaları belirtmektedir. Paulus'a göre *iudex*, bir ölüm cezasını ya da başkasına ait bir mala el konulmasını sağlamak için rüşvet alırsa, sınır dışı edilir ve mallarına el konulurdu.

Görüldüğü üzere, bu kanun dar anlamda rüşvete ilişkin bir kanun değildir. Ancak mahkemelerde görev yapan hâkimlerin, sahip oldukları yargılama yetkilerini kötüye kullanması ve bunun sonucunda masum bir kimsenin ölüm cezasına mahkûm edilmesine ilişkin hükümler içermektedir⁶⁰⁷. Bu nedenle hâkimin almış olduğu rüşvet

⁶⁰⁴ Strachan Davidson, Vol. II., **a.g.e.**, s. 22; Greenidge, **a.g.e.**, s. 421.

⁶⁰⁵ Hâkimin böyle bir karar vermiş olması günümüzde ağır yargısal hata veya yargı cinayeti olarak nitelendirilmektedir. “Yargı cinayeti” ifadesi ilk kez 1782 yılında August Ludwig von Schlözer tarafından Anna Göldi’nin haksız idam kararı ile ilgili olarak kullanılmıştır. “Abermaliger Justizmord in der Schweiz” adlı eserinin 273. sayfasında yargı cinayeti “Masum bir kimsenin, ilahi adâletin sağlanması ve cinayet olayların önlenmesi için toplum tarafından kurulmuş olan mahkemece öldürülmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Riggsby, **a.g.e.**, s. 50; MacCormack, **a.g.m.**, s. 8.

⁶⁰⁶ Bkz. <<http://ancientrome.ru/ius/library/paul/index.htm>> (Erişim Tarihi: 07.06.2009)

⁶⁰⁷ Bauman, **a.g.m.**, s. 123.

nedeniyle sorumluluğuna yol açan davranışları geniş bir biçimde düzenlenmiştir⁶⁰⁸.

2.2.5. *Lex Cornelia de Falsis vel Testamentaria vel Nummaria*

Cumhuriyet döneminde, M.Ö. 81 tarihinde kabul edilen bu kanun ilk haliyle sadece sahte vasiyetname düzenleme ile ilgili olarak çıkarılmıştı⁶⁰⁹. Iustiniaunus döneminde *Lex Cormelia de Falsis*'e orjinal halinde yer almayan suçlar için de başvurulmuştur. İmparatorluk dönemi boyunca çeşitli *senatus consultum*'lar, mahkeme uygulamaları ve hukukçuların yorumları ile her türlü sahtecilik, dolandırıcılık ve kalpazanlığın bu kanuna dâhil edilmesi ile kapsamı genişlemiştir⁶¹⁰. Hâkimin kasıtlı olarak hukuk kuralını ihlal etmesi, ayrıca suçlamanın geri alınması, yalan tanıklık yapılması veya tanıklıktan kaçınma, gizli belgelerin edinilmesini sağlamak gibi amaçlarla yapılan her türlü rüşvet olayı bu kanun kapsamında değerlendirilirdi⁶¹¹.

Dig. 48.10.1.2

Marcianus 14 inst.

“Sed et si quis ob renuntiandum remittendumve testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam acceperit, poena legis corneliae adficitur. et qui iudicem corruperit corrumpendumve curaverit.”

Marcianus'a göre bir kimse, dava ile ilgili tanıklık yapılması yahut tanıkların baskı altında bırakılması ve tanıklığın önlenmesi için teklif edilen parayı kabul ederse, *Lex Cornelia de Falsis* çerçevesinde cezalandırılır. Hâkime rüşvet teklif eden veya bu amaçla çeşitli davranışlarda bulunanlar da aynı şekilde cezalandırılır.

⁶⁰⁸ Greenidge, **a.g.e.**, s. 424; Riggsby, **a.g.e.**, s. 54.

⁶⁰⁹ Iust. Inst. 4.18.7

⁶¹⁰ Greenidge, **a.g.e.**, s. 424.

⁶¹¹ Hâkimin almış olduğu rüşvet nedeniyle sorumluluğuna yol açan davranışların geniş bir biçimde düzenlenmesi, rüşvet nedeniyle sorumluluğunun kapsamını genişletmektedir. Bauman, **a.g.m.**, s. 123; Plescia, **a.g.m.**, s. 62.

Paulus, Sent. 5, 25, 2⁶¹²:

“Qui ob falsum testimonium perhibendum vel verum non perhibendum pecuniam acceperit, dederit iudicemve, ut sententiam ferat vel non ferat, corru- perit corrumpendumve curaverit, humiliores capite puniuntur, honestiores publicatis bonis cum ipso iudice in insulam deportantur.”

Paulus yukarıda yer alan metinde, yalan tanıklık yapmayı sağlamak yahut gerçek tanıklığı önlemek için rüşvet teklifinde bulunan veya rüşvet kabul edenlerin, *humilior* statüde ise ölümle cezalandırıldıklarını, *honestior* statüye sahip ise, mallarına el konularak sınır dışı edildiklerini belirtmektedir⁶¹³. Roma hukukunda hâkimler, belirtilen durumlara taraf olduklarında *honestior* olarak, ölüm cezasına çarptırılmazlardı⁶¹⁴.

⁶¹² Bkz. <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Leges/cornelia_testamentaria.htm#S2> (Erişim Tarihi: 10.06.2009)

⁶¹³ “Roma hukukunda, kişiler arasında bazı belirgin farklılıkların dikkate alınarak çeşitli statü ayrımlarının yapılması tercih edilirdi. Bu ayrımların başında vatandaş - vatandaş olmayan ayrımı gelir. Ancak bununla sınırlı kalmayarak her bir ayrımın alt sınıflandırmalarının olduğu dikkat çeker. Örneğin vatandaş olanlar arasında özgür-köle veya *honestior* - *humilior* gibi statü ayrımları yapıldı. Farklı statüde olan vatandaşların farklı hak ve yetkilerinin olduğu kabul edilirdi ancak daha çok kısıtlama şeklinde yapılan farklı hak ve yetkilerin sınırları kesin olarak belirlenemezdi. Belirli bir statüye sahip olmak kimi zaman bireye toplum içinde ayrıcalık sağlardı. Bu ayrıcalık ise belirli durumlar için kabul edilmiştir. Roma hukukunun İlk İmparatorluk döneminde, nüfusun artmasına da bağlı olarak, eski geleneklere dayanan çok sayıda farklı statüler oluşturulmuş olsa da hukuksal olarak temel statü ayrımı özgür-köle olarak kalmaya devam etmiştir. Zamanla, özgür-köle ile diğer statüler arasındaki hukuksal ve sosyal farklılıklar belirsizleşmeye başlamıştır. İlk imparatorluk döneminde gelişim göstermiş olan *humiliores* - *honestiores* şeklindeki statü ayrımı ise uzun süre değişmeden kamusal alanda ve özellikle ceza hukuku alanında bireylerin hak ve yetkileri üzerinde etkili olmuştur. Örneğin, suçun faili *honestior* ise *humilior*’a göre daha hafif ceza verilmesi kanunlarda belirtilirdi. Thomas A. J. McGinn, **Prostitution, Sexuality and The Law in Ancient Rome** (New York: Oxford University Press, 1998), s. 21-22; Garnsey, **a.g.e.**, s. 110; Harries, **a.g.e.**, s. 12; Crook, **a.g.e.**, s. 81.

⁶¹⁴ MacCormack, **a.g.m.**, s. 8.

2.2.6. *Lex Julia de Repetundis*

Roma hukukunda rüşvete ilişkin temel kanun M.Ö. 59 yılında *çıkartılan Lex Julia de Repetundis* idi. *Repetundae*, bir kimsenin resmi olarak görevlendirilmiş bir kişiye, onun baskı ve tehdidine maruz kalarak verdiği para veya diğer şeylerin iadesi anlamına gelir⁶¹⁵. *Lex Julia de Repetundis*, belirtilen amaçlarla alınan rüşvetin iadesinin sağlanması için titizlikle hazırlanmış ve Principatus döneminde hukukçuların sıklıkla hükümlerine başvurduğu temel bir kanun olmuştur⁶¹⁶. Zamanla, Iustinianus'un kodifikasyonuna dâhil edilmiştir⁶¹⁷.

Bu kanun içersinde çeşitli konular düzenlenmekle birlikte, hâkimlerin sorumluluklarına ilişkin hükümler de yer alırdı.

Dig. 48.11.3

Macer 1 publ.

“Lege iulia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit.”

Dig. 48.11.7pr.

Macer 1 iudic. publ.

“Lex iulia de repetundis praecipit, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendumve ut iudicet: neve ob non dandum non mutandum non iubendum ut iudicet: neve ob hominem in vincula publica coiciendum vinciendum vincirive iubendum exve vinculis dimittendum: neve quis ob hominem condemnandum absolvendumve: neve ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniaeve faciendum vel non faciendum aliquid acceperit.”

⁶¹⁵ Berger, **a.g.e.**, s. 675.

⁶¹⁶ Loewenstein, **a.g.e.**, s., 210; Plescia, **a.g.m.**, s. 61; MacCormack, **a.g.m.**, s. 9; Griffin, **a.g.m.**, s. 118; Stephen, **a.g.e.**, s. 22.

⁶¹⁷ Berger, **a.g.e.**, s. 675.

Macer, *Lex Julia de Repetundis* kapsamında, kamusal yetkiyi kullananların, herhangi bir yargı kararının verilmesi ya da verilmemesinin sağlanması için aldıkları rüşvetten sorumlu olduklarını belirtir. Devamında yer alan metinde ise, bu kanunun, yargılama yapılmasını sağlamak ya da sağlamamak, belirli bir hüküm vermek ya da vermemek, bir kimsenin hapsedilmesi, zincire bağlanması ve vurulması yahut bir kimsenin mahkûmiyetine ya da beraatına karar verilmesi ile ölüm ya da tazminat cezası verilmesini sağlamak veya bu cezaların verilmesini önlemek amaçları ile hiç kimsenin herhangi bir kimseden bir şey alamayacağını düzenlendiğini açıklamaktadır.

Bu kanun kapsamında hâkimlerin dışında, yukarıda yer alan amaçlarla rüşvet alarak suçlu konumuna getirilebilecek olanları ise Marcianus belirtmiştir.

Dig. 48.11.1pr.

Marcianus 14 inst.

“Lex iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum est.”

Marcianus, bu kanun kapsamında kamusal otoriteyi temsil eden yahut bu yetkiyi kullanan *magistra*’ların, *potestas*’a sahip olan idarecilerin, özel elçiler ve kamusal işlerde görevli diğer resmi görevliler ile burada belirtilenlerin işlerinde görevli memurların, aldıkları rüşvetlerden dolayı *Lex Julia de Repetundis* çerçevesinde sorumlu kişiler olduklarını belirtmektedir. Aynı zamanda bu kişilerin, onları etkileyebilecekleri düşüncesi ile rüşvet alan akrabaları ya da arkadaşları da bu kanuna göre suçludurlar. Dolayısıyla bu kanuna göre, teklif edilen ve alınan rüşvette pay sahibi olan herkesin sorumlulukları bulunurdu⁶¹⁸.

Lex Julia de Repetundis kapsamında yer alan bir suçu işleyenlerin aldıkları cezalar çeşitli olmakla birlikte, sıklıkla sürgün ve daha ağır cezalar verilirdi. Suçun ağırlığına göre değişen cezalara rastlanılmakla birlikte, ölüm cezası gibi oldukça ağır

⁶¹⁸ Plescia, **a.g.m.**, s. 63.

cezalar da verilebilirdi⁶¹⁹. Macer, aşağıda yer alan metinde ölüm cezasının hangi durumlarda verilmesi gerektiğini sorularla tartışmaktadır.

Dig. 48.11.7.3

Macer 1 iudic. publ.

“Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? vel, licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint vel innocentem vel quem punire non debuerant? capite plecti debent vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.”

Dig. 48.11.7.3

Macer 1 iudic. publ.

“Lex Julia de Repetundis kapsamında suçlu olan bir kimseye takdir yetkisi kullanılarak ceza verilir ve bu ceza genellikle sürgün olur. Ancak kabul edilen rüşvet, bir kimsenin ölümünün karşılığı için ise nasıl bir ceza verilmelidir? Ya da rüşvet kabul edilmese dahi kızgınlıkla masum bir kimsenin ölümüne veya cezalandırılmasına sebebiyet verilmişse verilecek ceza nasıl olmalıdır? Bu gibi durumlar için en uygun cezalar ölüm ya da sürgün cezasıdır.”

Lex Julia de Repetundis, esasen haksız olarak bir para cezasına hükmeden hâkimin, hükmedilen miktarın belirli bir katını ödemeye mahkûm edilmesini ve şerefsiz olarak nitelendirilmesini öngörürdü⁶²⁰. Baskı altında kalarak rüşvet vermeye

⁶¹⁹ MacCormack, **a.g.m.**, s. 9.

⁶²⁰ Baskı ve tehdit yolu ile kamu görevlilerince bir işin yapılması için verilenlerin geri alınması için M.Ö. 123 yılında *Lex Acilia de repetundis* çıkarılmıştır. Bu kanunun kapsamında rüşvet alan hâkimler ve *magistra*’lar aleyhine dava açılarak, verilen şey geri alınabilirdi. Bunun için, belli bir şey vermek zorunda kalan kişiler, ceza davalarının yanı sıra, hâkime ya da ilgili bir kamu görevlisine, *actio poenales* denilen özel suçlara karşı açılan davaları da açabilirlerdi. Bir kimsenin korkutularak, tehdit edilerek,

zorlananlar, kendilerinden rüşvet alan resmi görevlilere karşı, görev sürelerinin bitiminden itibaren bir yıl içerisinde *actio metus* yani tehdit davası açarak vermiş olduğu paranın dört katını talep edebilirlerdi⁶²¹. Bu dava ile hâkim, *restitutio in integrum* yani eski hale getirmeye mahkûm edilirdi⁶²². Iustinianus döneminde, bu kişilerin *actio privatae-poenalis*⁶²³ ile talep edilen miktara göre ya da öncelikli olarak açılan davaya, yani ceza ya da hukuk davasına bağlı olarak, zarardan sorumlulukları tespit edilirdi⁶²⁴.

Paulus’a göre⁶²⁵, *Lex Julia de Repetundis* kapsamında mahkûm edilen bir hâkim hakkında senatörlük görevinden ihraç veya geçici ya da sürekli olarak sürgün kararı verilirdi. Marcellus ise hâkimleri de içine alacak şekilde, bu kanun gereğince mahkûm edilmiş kimselerin, *senatus*’tan ihraç ve bir daha *senatus*’a üye olamamanın yanı sıra, hâkim olabilme ve tanıklık yapabilme haklarını da kaybedeceğini belirtir.

Dig. 1.9.2

Marcellus 3 Dig.

“*Cassius longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus est, iudicare vel testimonium dicere, quia lex iulia repetundarum hoc fieri vetat.*”

aslında yapmak istemediği bir işlemi yapması sonucunda, uğradığı zararın tazmini için açabileceği tehdit davasına, *actio quod metus causa* denilmektedir. Schulz, Classical, **a.g.e.**, s. 41.

⁶²¹ Tehdit nedeniyle bir işlem yapmak zorunda kalan kişi, tehdit sona erdikten sonra, tehdit edene karşı bir ceza davası olan, *actio (quod) metus*’u açılabilirdi. Bu dava ile tehdit ile elde edilen, tehdiye maruz kalana verilmezse, tehdit eden zararın dört katını ödemeye mahkûm edilirdi. Dig. 4.2.14.15.

⁶²² Daha öncesinde M.Ö. 123 yılında çıkarılan *Lex Acilia de repetundis*’te *litis aestimatio* yani takdir edilen zarar, meydana gelen zararın iki katı (*in duplum*) olarak belirlenir ve davalı gerçek zararın iki katı kadar bir para cezasına mahkûm edilirdi. Bauman, **a.g.e.**, s. 23.

⁶²³“Bireye, sadece bu sıfatı taşımasından dolayı özel bir menfaatinin korunması için verilen özel davalar ile ceza davalarıdır.” Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 16.

⁶²⁴ Dig. 9. 2. 23. 9; Dig. 47. 2. 93; Dig. 48. 1. 4; Dig. 44. 7. 41. 1.

⁶²⁵ Paulus, Sent. 5.28b.2 (1).

Dig. 1.9.2

Marcellus 3 Dig.

“Cassius Longinus’a göre, *senatus*’tan ihraç edilen ve eski görevine dönememeyen bir kimseye, *Lex Julia Repetundarum* ile getirilmiş yasak gereğince, mahkemeye başkanlık etmesine ya da bir mahkemede tanık olarak dinlenilmesine izin verilmemelidir.”

2.3. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğu

2.3.1. Roma Hukukunda Anahatları İle Sorumluluk

Hukuk düzeni tarafından hukukî bir sonuca bağlanmış olan iradi hareketler olarak tanımlanan hukukî fiiller, hukuka uygun olup olmamalarına göre ayrı ayrı incelenebilir. Sorumluluk kavramı ise, hukuk düzenin onaylamadığı ve dolayısı ile hukuka uygun olmayan fiillerin, herkes için geçerli olan genel kurallara ya da özel nitelikte kabul edilebilecek belli kurallara aykırı olması ile ortaya çıkar. Sorumluluğu meydana getiren hukuka aykırı davranışlar, genellikle haksız fiil olarak kabul edilen durumlarda veya sözleşmeden kaynaklı borç ilişkisinin ihlalinde görülür⁶²⁶.

Hukuka aykırı davranışı ile bir zararın ortaya çıkmasına neden olan kişi, bu davranışından ötürü her zaman sorumlu tutulamaz. Sorumluluğun hangi koşullar altında gerçekleşeceği Roma hukukunun çeşitli tairihi dönemlerinde farklı şekillerde belirlenmiştir⁶²⁷. Sorumluluk konusunun Roma hukukunda gösterdiği gelişim, Klasik hukuk dönemine kadar olan dönem ve Iustinianus dönemleri bakımından ayrı ayrı incelenir⁶²⁸. Zira Roma hukukunda sorumluluk ölçütleri, Klasik hukuk dönemi ile Iustinianus dönemi arasında önemli değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerin asıl nedeni, Iustinianus döneminde, Klasik hukuk dönemi kaynaklarının değişikliğe

⁶²⁶ Bu nedenle Roma hukukunda sorumluluk borçlar hukuku içerisinde incelenen bir konudur. Rado, *a.g.e.*, s. 35; Karadeniz Çelebican, *Tarihi Giriş*, *a.g.e.*, s. 244-245.

⁶²⁷ Roma hukukunun tarihi dönemleri; Eski Hukuk dönemi (M.Ö. 753-M.Ö 150), Klasik Öncesi Hukuk dönemi (M.Ö.150- M.Ö. 27), Klasik Hukuk dönemi (M.Ö. 27-M.S. 250), Klasik Sonrası Hukuk dönemi (M.S.250-M.S. 527) ve Iustinianus dönemi (M.S.527-M.S. 565) olarak incelenir.

⁶²⁸ Rado, *a.g.e.*, s. 36-37.

uğratılmış olmasıydı⁶²⁹. Klasik hukuk dönemine kadar kusursuz sorumluluk ilkesi geçerliyken, Klasik hukuk döneminde kusur sorumluluğuna doğru bir eğilim vardı. Iustinianus döneminde ise kusur (*culpa*) sorumluluğu geçerliydi. Bu dönemde kusur, kasıt (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal gibi (*culpa levis*) derecelere ayrılmıştı⁶³⁰.

Klasik hukuk dönemine kadar bir kimsenin hukuka aykırı davranışı ile bir zarar ortaya çıkıyorsa, bu zarara sebep olduğu için bu kişinin sorumlu olduğu kabul edilirdi. Sebep ya da objektif sorumluluk olarak adlandırılan bu dönemdeki sorumluluğu belirleyen asıl ölçüt hukuka aykırılıktı. Hukuka aykırılık, hukuken korunan bir hakkın çiğnenmesi ile ortaya çıkardı⁶³¹. Böyle bir davranış, hakkı çiğnenen kişinin malvarlığında maddi ya da manevi bir zarar meydana getirirdi⁶³². Bu dönemde geçerlilik taşıyan bir başka sorumluluk ölçütü *custodia* (gözetim) sorumluluğu idi. *Custodia* sorumluluğunda, malı elinde bulunduran kişi, başkasına ait olan bu mala gelen zararlardan kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulurdu⁶³³.

Klasik hukuk döneminde, kusur anlamında kullanılan *culpa* ile sorumluluk, sınırlı bir biçimde kabul edilmişti. Bir sorumluluk ölçütü olarak bu sorumluluk, yalnızca *dare* (verme) borçlarında kabul edilirdi. Yani belli bir malın mülkiyetinin karşı tarafa devredilmesini gerektiren durumlarda *culpa* ile sorumluluk ortaya çıkardı⁶³⁴.

Iustinianus döneminde ise, sadece hukuka aykırı davranışı gerçekleştirmiş olmak

⁶²⁹ Hilal Zilelioğlu, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış,” **AÜHFD**, Cilt no 39, Sayı no 1-4: 241-264, (1987), s. 241.

⁶³⁰ Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri** (İstanbul: Der Yayınevi, 2006), s. 25.

⁶³¹ “*Iniuria* eski dönemlerde sadece maddi tecavüzleri ifade eden dar anlamı bir kelime olarak kullanılırken, sonraki dönemlerdeki anlamı daha geniş olup, hukuka ve hakkaniyete aykırı tüm durumları ifade etmek için kullanılmıştır.” Daha ayrıntılı bilgi için bkz., Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Iniuria** (İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1969), s. 4-27; Nicholas, **a.g.e.**, s. 215-217.

⁶³² Rado, **a.g.e.**, s. 36; Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 252.

⁶³³ “*Custodia*, prensip olarak malın çalınmasına karşı bir sorumluluktur. Bununla birlikte kaçmayı alışkanlık haline getiren ve bu nedenle gözetim altına alınan kölenin kaçması, ariyet alınmış hayvanın kaçması veya ariyet alınan mala üçüncü kişilerin zarar vermesi gibi haller bu sorumluluğun kapsamında değerlendirilirdi.” Erdoğan, Borçlar, **a.g.e.**, s. 35., dn. 72.

⁶³⁴ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 251.

sorumluluk için yeterli görülmemiş ve hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişinin öznel nedenleri de dikkate alınmaya başlamıştır. Dolayısıyla sorumluluk yüklenecek kişinin hukuka aykırı fiili işleminin nedenleri, kusurunun ağırlığına göre incelenmiştir. Bu dönemde kusur (*culpa*) sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Bu sorumluluk türü subjektif sorumluluk olarak da ifade edilmektedir⁶³⁵. Kusurun derecelerinden *dolus* yani kasıt ve ağır ihmal (*culpa lata*), sorumluluk için kabul edilen ölçütlerdi. Hafif ihmal (*culpa levis*) ile sorumluluk ise aksi kararlaştırılmadıkça kabul edilirdi. Ayrıca, bu dönemde *custodia*'nın yerine sorumluluk ölçütü olarak bunun subjektifleştirilmiş hali olan *diligentia* (özen yükümü) kabul edilmiştir⁶³⁶.

Kural olarak beklenmeyen hallerden (*causa*) sorumluluk, gerek Klasik hukuk döneminde gerekse de Iustinianus döneminde söz konusu değildi⁶³⁷. Aynı şekilde mücbir sebep (*vis maior*), gerek Klasik hukuk döneminde gerekse de Iustinianus döneminde, sorumluluk meydana getirmezdi⁶³⁸.

2.3.1.1. Kusur Kavramı ve Çeşitleri

Kusur, kendi davranışının başkalarına zarar verme ihtimali olduğunu dikkate alması gereken bir kimsenin, bu ihtimali dikkate almamış olması ile ortaya çıkan bir durumdur⁶³⁹. İnsan iradesi ile ilgili, hukuk düzeni tarafından beğenilmeyen ve kınanan bir davranıştır⁶⁴⁰. Bir kimsenin gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek, yapmaması gereken bir davranışı yapması veya yapması gereken bir davranışı yapmaması sonucunda bir zarar ortaya çıktığında, bu kişinin kusurlu olduğu kabul edilirdi⁶⁴¹.

⁶³⁵ “Ana ilke kusura dayanan sorumluluk olmakla birlikte bazı hallerde bu kuralın dışına çıkıldığı görülmektedir.” **Aynı**, s. 259.

⁶³⁶ **Aynı**, s. 259-261.

⁶³⁷ Bu kuralın tek istisnası, han, gemi ve ahır sahiplerinin sorumluluklarıydı. Bunun nedeni şu şekilde belirtilmektedir; Dig. 4.9.3.1. : “...ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum...” yani “...kötülükleri ile ünlü olan bu kişilere karşı diğerleri korunur...” Bu kişilere karşı toplumda duyulan genel bir güvensizlik nedeniyle sorumlulukları kaldırılmamaktadır.

⁶³⁸ Rado, **a.g.e.**, s. 44.

⁶³⁹ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 98.

⁶⁴⁰ Rado, **a.g.e.**, s. 37.

⁶⁴¹ Rado, **a.g.e.**, s. 38; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 51.

Ağırlık derecelerine göre kusur ikiye ayrılır: kasıt (*dolus*) ve ihmal (*culpa*).

2.3.1.1.1. Kasıt (*Dolus*)

Dolus, aynı zamanda Roma hukukunda en eski sorumluluk ölçütüdür. Ancak Roma hukukunda ilk zamanlar bu ifade sadece aldatma kastı yani hile için kullanılmaktaydı⁶⁴². Yani dar anlamı ile *dolus*'tan kastedilen hileli davranış idi. Bu anlamı ile *dolus* Digesta'da şu şekilde belirtilmektedir⁶⁴³:

Dig. 4.3.1.2

Ulpianus 11 ad ed.

“Dolum malum servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic

⁶⁴² Erdoğan, Borçlar, a.g.e., s. 30.

⁶⁴³ Dig. 4.3.1pr. *“Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa.”* yani *“Bu edictum'da praetor, hileli ve aldatıcı davranışlarda bulunarak bir kimseye zarar veren kişilerin bu davranışları neticesinde fayda sağlamalarını ya da bu davranışlara maruz kalanların zarar görmelerini önleyerek koruma sağlar.”* Dig. 4.3.1.1 *“Verba autem edicti talia sunt: “quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.”* yani *“Edictum ile “bir kimse aldatma kastı ile bir davranışta bulunur ve bu kişiye karşı olayla ilgili bir dava açılmazsa, haklı gerekçeler bulunduğu anlaşılıyorsa dava açılmasını sağlayacağım” şeklinde belirtilmektedir.”* Dig. 4.3.1.3 *“Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.”* yani *“Praetor'un kullandığı ifadenin içerisinde yalnızca dolus yer almamakta, bununla birlikte malus ifadesi de belirtilmektedir. Zira eski otoriteler dolus bonus ifadesini sıklıkla kullanırlardı ve bu özellikle bir hırsıza ya da düşmana karşı hileli davranışlarda bulunma becerisi olarak anlaşılan bir ifadedir.”* Digesta'da yer alan metinlerden yukarıdaki metinlerden hareketle, aldatılan kişinin praetor tarafından edictum'larla korunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kötünîyetle ve haksız olan hileli davranışları ifade etmek için kullanılan dolus malus, eski dönemlerde dolus bonus yani iyîniyetle hileyi vurgulamak için kullanılmıştır.

definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. labeonis definitio vera est.”

Dig. 4.3.1.2

Ulpianus 11 ad ed.

“Servius aldatma kastını, bir kimsenin belirli bir davranışta bulunmasını önleneyerek başka bir davranışı yapmaya sevk etmek amacının bulunması olarak tanımlamaktadır. Ancak Labeo, bir kimseden bu yolla fayda sağlanabilmesinin aldatıcı davranışlarda bulunmaksızın da mümkün olabileceğini, aldatıcı davranışlarda bulunanların bu yolla kendi menfaatlerini ya da başkalarının menfaatlerini koruduklarını belirtir. Böylelikle Labeo aldatma kastını şu şekilde tanımlar: Aldatmaya, yanlış sevk etmeye ve şaşırtmaya yönelik amaçlarla yapılan kurnazlık, dalavere ve entrikadır. Labeo’nun tanımı doğrudur.”

Ancak daha sonra *dolus* kelimesi daha geniş bir anlam kazanarak haksız, bilerek ve isteyerek başkasına zarar veren, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı her türlü davranışı ifade etmek kullanılmıştır⁶⁴⁴.

2.3.1.1.2. İhmal (*Culpa*)

İhmalin karşılığı olarak dikkatsizlik, özensizlik, tedbirsizlik gibi ifadeler kullanılabilir. Yani dar anlamda ihmal, kişinin kendisinden beklenen dikkatli ve özenli davranışı göstermemesi veya gerekli tedbirleri almaması durumunda ortaya çıkan zararlarda bulunur⁶⁴⁵. Paulus’a ait aşağıda yer alan metnin bir kısmında hangi durumda ihmalin söz konusu olduğu belirtilmiştir.

⁶⁴⁴ Tahiroğlu, Borçlar, **a.g.e.**, s. 50; Rado, **a.g.e.**, s. 38.

⁶⁴⁵ Tahiroğlu, Borçlar, **a.g.e.**, s. 51; Erdoğan, Borçlar, **a.g.e.**, s. 30-31.

Dig. 9.2.31

Paulus 10 ad sab.

“...*posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum...*”

Dig. 9.2.31

Paulus 10 ad sab.

“...ihmalî dolayısıyla bir dava açılabilir: Zira dikkatli bir kimsenin alacağı tedbirlerin alınmamış olması durumunda ihmal vardır.”

Roma hukuku metinlerinde genel anlamda ihmalden sorumluluğun yanı sıra kişinin bazı özel durumları da dikkate alınarak ihmalden sorumlu olabileceği kabul edilmiştir⁶⁴⁶. Ortaya çıkan zararlı sonuç yeteneksizlik, bilgisizlik ve tecrübesizlik gibi durumlardan kaynaklı ise *imprudencia*, zayıflık veya güçsüzlükten kaynaklı ise *infirmitas* ifadeleri kullanılırdı. Bu özel durumların bulunması, ihmal ile sorumluluğun meydana gelmesi için yeterli görülümüştür⁶⁴⁷. Diğer taraftan *diligentia* yani özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, ihmal anlamında *negligentia* (özensizlik, tedbirsizlik) ifadesinin de kullanıldığı görülürdü⁶⁴⁸.

Burada kasıttan farklı olarak hukuka aykırılık ve zararlı sonucun ortaya çıkmasını isteme söz konusu değildir. Zararlı sonucun ortaya çıkmasını önlemek için gerekli dikkat ve özen derecesi ile alınması gereken asgari tedbirler değerlendirilerek kişinin sorumluluğu belirlenirdi⁶⁴⁹. Bu değerlendirme sonucunda ihmal, ağır ya da hafif olarak derecelendirilirdi.

⁶⁴⁶ Tahiroğlu, Borçlar, **a.g.e.**, s. 53.

⁶⁴⁷ Roma hukuku kaynaklarında *imprudencia* ve *infirmitas* ifadelerinin kullanıldığı bazı örnek metinler için bkz., Erdoğan, Borçlar, **a.g.e.**, s. 31., dn. 64.

⁶⁴⁸ Aynı, s. 32.

⁶⁴⁹ Tahiroğlu, Borçlar, **a.g.e.**, s. 52; Rado, **a.g.e.**, s. 38.

Ağır ihmal (*culpa lata*) Ulpianus tarafından şu şekilde tanımlanmıştır:

Dig. 50.16.213.2

Ulpianus 1 reg.

“ *“lata culpa” est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.*”

Dig. 50.16.213.2

Ulpianus 1 reg.

“ *Culpa lata* en ağır ihmaldır, yani herkesin bildiğini bilmemektir.”

Hangi durumlarda hafif ihmalin (*culpa levis*) bulunduğu belirlenmesi ise genellikle takdir meselesidir. Ancak Roma hukukunda soyut bir ölçüt olarak meydana gelen olayda iyi bir aile babasının göstereceği özenin (*diligentia bonus pater familias*) gösterilip gösterilmediğine bakılırdı⁶⁵⁰. Bununla birlikte bazı durumlarda söz konusu kimsenin kendi işlerinde her zaman göstermekte olduğu dikkat ve özeni (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*) gösterip göstermediğine bakılırdı⁶⁵¹. Bu ikinci durumda söz konusu ölçütün somut, göreceli ve sübjektif nitelikte olduğu anlaşılmaktadır⁶⁵².

2.3.2. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğunun Dayanağı: *Si Iudex Litem Suam Fecit* (Hâkimin Uyuşmazlığı Kendisine Mal Etmesi)

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, Roma hukukunda sistem dışı yargılamaya kadar hâkimler, bu işi meslekleri olarak yapmaz, belirli bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için görevlendirilirler ve yaptıkları işin karşılığında ücret almazlardı. Bunlar yalnızca çekişmeli bir durumu çözmek için hâkim olarak görevlendiriliyorlardı. Aynı zamanda bu kişiler, genellikle hukuk eğitimi almamış ve davanın görülmesi sırasında hukukçulardan yardım almalarına rağmen

⁶⁵⁰ Dig. 18.1.35.4; Dig. 19.1.54pr.

⁶⁵¹ Dig. 23.3.17pr; Dig. 27.3.1pr; Iust. Inst. 3.25.9.

⁶⁵² Rado, *a.g.e.*, s. 40.

yargılama ile ilgili işlemlerinde ve verdikleri kararlarda hata yapma ihtimalleri her zaman bulunan kişilerdi. Roma hukukunda, sırf bir kimseye zarar verme amacıyla açılan bazı davalar, hâkimin hatalı ve haksız (*ex iudicis errore vel iniquitate*) bir mahkûmiyet kararı verebileceği ihtimali üzerine açılırdı⁶⁵³.

Para karşılığında yapılmayan bu işin çok ağır sorumluluklara bağlanması, hâkimliği herkesin yapmaktan kaçınacağı bir görev haline getirebilirdi⁶⁵⁴. Bununla birlikte kasten veya ihmal sonucunda hukuka aykırı bir karar vererek, taraflardan birini zarara uğratan hâkimin sorumsuzluğu da kabul edilemezdi. Bu nedenle Roma hukukunda hâkimin rüşvetten doğan cezai sorumluluğunun yanı sıra hukuksal sorumluluğu da kabul edilmiştir⁶⁵⁵. Ancak hâkimliği herkesin yapmaktan kaçınacağı bir meslek haline getirmemek ve hukuk sisteminin işlerliğini sağlamak için hâkimin hukuksal sorumluluğunun sınırlı nedenlere dayandırılması gerekiyordu⁶⁵⁶. Nitekim

⁶⁵³ Gai. Inst. 4.178.

⁶⁵⁴ Hâkimin olumlu ya da olumsuz bir kararı veya davranışı sonucunda ortaya çıkan zararlarda hukuksal anlamda sorumluluğuna gidilmemesinin gerektiği de geçmişten günümüze kadar savunulmaktadır. Hâkimin sorumsuzluğunu ileri sürenlerin görüşleri özet olarak belirtilirse: 1. Hâkimin hatalı kararı kanun yolu ile ıslah edilebilir. 2. Kusur göreceli bir kavram olup, sınırlarını çizmek son derece zordur. Bu nedenle hâkimin kusurundan sorumluluğunun genel hükümlere göre belirlenmesi hâkimliği çekilmez bir meslek haline getirecektir. 3. Aleyhine tazminat davası açılmasından korkan hâkimin kendisini baskı altında hissederek objektif davranamaması mümkündür. 4. Aleyhine tazminat davası açılması korkusu içinde yapılan yargılama süratli değildir. Ancak bizimde katıldığımız görüşe göre hâkimin genel hükümlere göre her kusurundan sorumlu tutulması kabul edilmemekle birlikte, ağır kusuru ile davayı kötü yönetmesi, görevinin ifası için bilmesi gerekenleri bilmemesi veya bilmezlikten gelmesi gibi davranışları sonucunda ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulması adâletin ve hakkaniyetin gerektirdiği bir durumdur. Belgesay, **a.g.e.**, s. 553-554; Emcet Belgesay, “Türk Hukukunda Hâkimin Hukukî Mesuliyeti,” **AÜHFD**, Cilt no 12, Sayı no 3: 247-320, (1955), s. 348, 349 ve 351.

⁶⁵⁵ Monahan, **a.g.m.**, s. 429.

⁶⁵⁶ “Örneğin, Almanya’da Medenî Kanunu’nun memurların tazminat sorumluluğunu düzenleyen 839. maddesinin ikinci fıkrasında hâkimin görev ihlali halinde, bu ihlalin bir suç oluşturması şartıyla tazminat yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmektedir. Bu hüküm ile, hâkimin yargısal faaliyetinden dolayı tazminat sorumluluğu kabul edilmiş olmakla beraber, bunun ağır bir şarta bağlandığı görülmektedir. Bu da hâkimin basit görev ihlalleri ile yol açtığı zararlarda değil, ancak suç işlemesi dolayısıyla yol açtığı zararlardan ötürü tazminat talep edilebileceğidir.” Hakan Hakeri, “Yargıcın Yargısal Görevlerinden Ötürü Devletin Sorumluluğu,” **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı** (Ankara: Rekmay Ltd. Şirketi, 6-10 Ocak 2004), s. 209, (Naklen)

Romalılar, hâkimin sorumluluğunun belirlenmesinde başvuru kasıt (*dolus*) ve ihmal (*culpa*) gibi ölçütlerden hareketle bu nedenleri ortaya koymuşlardı.

Genel olarak, Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun belirlenmesinde, hâkimin hukuka aykırı olduğu kabul edilen davranışları, bu davranışların davanın tarafları üzerindeki olumsuz etkileri ve mağdur olan tarafın uğradığı zararın tazmini için hâkimin nasıl bir sorumluluğu olduğu konuları üzerinde durulmuştur.

Hâkimin sorumluluğuna yol açan davranışların belirlenmesinde Cicero'nun yazıları önemli bir kaynak olarak Roma'dan günümüze kadar etkili olmuştur⁶⁵⁷. Cicero, hâkimin sorumluluğuna yol açan başlıca üç nedenin varlığına işaret eder⁶⁵⁸: *Gratia*, *potentia* ve *pecunia*.

Gratia, sosyolojik ve siyasi anlamlarda kullanılan bir kavramdır. Bir kimsenin diğer bir kimseden beklentisidir⁶⁵⁹. Roma kaynaklarında arkadaşlığa ya da devam eden birlikteliğe işaret eder. Sadece sosyal ve siyasal alanlarda sahip olduğu anlamlar dikkate alınırsa, *gratia*'nın Roma hukuk sistemi içerisindeki yeri ve önemini anlamak mümkün olmaz. Hukuksal metinlerde *gratia* ile, hâkim ve taraflardan biri arasında, hâkimin vereceği hüküm için devam eden bir birliktelik ilişkisi ve taraflardan birinin kayırılması vurgulanmaktadır⁶⁶⁰. Severus (M.S. 193-M.S. 211) ve Caracalla (M.S.211-M.S. 217) döneminde yaşayan hukukçular tarafından yargısal alanda yapılan birçok haksız ve hukuka aykırı işlem veya kararların kaynağının *gratia* olduğu kabul edilmiştir⁶⁶¹. *Gratia*'nın kapsamına nelerin girdiğinin dikkatle belirlenmesi gerekmektedir⁶⁶². Bazen

⁶⁵⁷ Hoefflich, **a.g.m.**, s. 82.

⁶⁵⁸ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 33-34.

⁶⁵⁹ **Aynı**, s. 43.

⁶⁶⁰ **Aynı**, s. 44 ve 48.

⁶⁶¹ Özellikle Ulpianus tarafından *gratia*'ya konu olan uyumsuzlukların örnekleri verilmiştir (Dig. 4.6.26.5, Dig. 4.4.7.8, Dig. 26.7.7.2, Dig. 29.4.4pr, Dig. 22.5.3.1). Bu örneklerde *gratia* için yapılan asıl vurgunun, taraf tutmaya, arkadaşlık veya yakınlık durumunun gözetilerek davranılmasına yapıldığı ve sadece hâkimlere özgü olarak kullanılmadığı görülmektedir. Harries, **a.g.e.**, s. 163.

⁶⁶² *Gratia* hakkında M.S. 3. yüzyılda yaşayan hukukçuların çeşitli görüşleri ve yazıları bulunur. Ancak bu görüş ve yazılarda *gratia*'nın hukuk sistemi içindeki yeri ve önemine değinilmemiştir. Zira, hukuka aykırılığı ifade etmek için kullanılan *iniuria*'nın varlığı, *gratia*'nın bu dönemde yaygın bir biçimde kullanılan bir kavram olmasını engellemiştir. **Aynı**, s. 164.

hâkimin görüşlerini aldığı kişilerin açıklamaları ve yorumları, hâkim üzerinde baskı yaratmasından ötürü *gratia* olarak algılanmaktaydı. *Gratia*'nın iddia edilmesi çok kolay, ancak ispatı çok güçtü⁶⁶³.

Potentia ise, iktidar, güç ve aynı zamanda zorlama ve baskı altına alma anlamlarında kullanılır⁶⁶⁴. Hukuksal metinlerde *potentia* ile, yargılama sonunda ortaya çıkacak normal sonuçlar yerine, hâkim tarafından çeşitli amaçlar gözetilerek başka sonuçların ortaya çıkartılması anlaşılır. Bir başka ifadeyle, hâkimin normal bir yargılama sonucunda ortaya çıkacak âdil karardan endişe etmesi veya bir tarafın diğer taraf aleyhine ileri süreceği talepleri bertaraf ederek hukuka aykırı davranmasıdır.

Pecunia ise, bir hâkimin belirli bir hüküm vermesi ya da davanın olumsuz sonuçlarını taraflardan biri lehine olmak üzere engellemesi karşılığında taraflardan birinden aldığı paradır⁶⁶⁵.

Hukuksal anlamda kullanıldığı zaman Cicero'nun belirtmiş olduğu bu nedenlerin, yargılamanın âdil bir biçimde yapılmasına engel olan davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Roma hukukunda âdil olmayan yargılamanın nedenlerinin en genel biçimde bu kavramlar altında incelenebileceği belirtilebilir.

Zamanla, hangi durumlarda hâkimlerin hukuka aykırı davrandığının kabul edileceği, kanunlar ve *edictum*'larla ve daha açık ifadelerle belirlenmiştir. Yalnızca rüşvet aldığı ya da taraflı yargılama yaptığı için değil, aynı zamanda hâkimin dikkatsizlik, tecrübesizlik ve bilgisizliğinden ortaya çıkan zararlardan da sorumlu tutulması öngörülmüştür. Sorumluluğun kasıt ve ihmâl gibi ölçütlere göre derecelendirilmesi ile her somut olayda aynı hukuksal ve cezai sonucun ortaya çıkması engellenmiştir.

Roma hukukunda hâkimlerin hukuksal sorumluluğu ile ilgili günümüze kadar ulaşmış olan en temel kaynak "*Iudex Qui Litem Suam Fecit*" yani uyuşmazlık konusunu kendisine mal eden yani tarafsız davranmayan hâkimle ilgili olarak yayınlanmış bir

⁶⁶³ Aynı, s. 165.

⁶⁶⁴ Kelly, *Litigation*, a.g.e., s. 42.

⁶⁶⁵ Aynı, s. 30, 33 ve 42.

edictum'dur. Bu *edictum*'un yayınlandığı tarih kesin olarak bilinmemekle birlikte M.Ö. 2. yüzyıl ortalarında bu *edictum*'un geçerli olduğu tahmin edilmektedir. M.S. 5. yüzyılda yaşamış ünlü filozof ve yazar Ambrosius Macrobius'un en önemli eseri olan *Saturnalia*'da, *litem suam facere* ile ilgili ifadelerle rastlanılmaktadır⁶⁶⁶. Bu ifadelerde Macrobius'un M.Ö. 161 yılında çıkarılan *Lex Fannia* adlı kanunda yer alan Titius'un ifadelerinin bir bölümüne atıf yaptığı anlaşılmaktadır⁶⁶⁷. Ancak bu atıf, *edictum*'un kesin olarak bu tarihte yayınlandığı anlamını taşımamaktadır.

Bu *edictum*'un genel amacının cezaları daha esnek kılmak ve hakkaniyet temeline dayanarak rüşvet alan hâkimi cezalandırmak olduğu belirtilebilir. Bununla birlikte *edictum* kapsamında sorumluluğun maddi hukuk alanında etkili olmadığı sonucu çıkarılamaz⁶⁶⁸. Zira *litem suam facere* kapsamında sorumluluğa yol açan davranışlar, takdir yetkisini hakkaniyet ve tarafsızlık ilkelerine aykırı şekilde kullanan hâkime karşı tazminat davası niteliğinde bir dava açılabilmesini de sağlardı⁶⁶⁹.

Hâkimin bu tür davranışlarından sorumluluğu bir haksız fiil benzeri olarak kabul edilir ve *actio in iudicem qua litem suam fecit* adlı dava ile ileri sürülürdü⁶⁷⁰. Bu dava hakkında metinlerden çok fazla bir bilgi elde edinilememiştir. Klasik hukuk döneminden sonra bu dava ile ilgili geniş çaplı tartışmalar da yapılmamıştır. Bu nedenle ister Klasik dönemde isterse de Iustinianus dönemi sonrasında olsun, hâkimin dikkatsizlik ya da ihmali veyahut kastı nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi yoluna sıklıkla gidilmediği kuvvetle muhtemeldi⁶⁷¹. Coğrafi sınırların genişlemesine bağlı

⁶⁶⁶ Bkz. <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Macrobius/Saturnalia/3*.html> (Erişim Tarihi: 13.06.2009), Bkz., Macrobius *Saturnalia*, 3. 16.15-16.

⁶⁶⁷ Bkz. <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Macrobius/Saturnalia/3*.html> (Erişim Tarihi: 13.06.2009), Bkz., Macrobius *Saturnalia*, 3. 16.14.

⁶⁶⁸ MacCormack, **a.g.m.**, s. 9.

⁶⁶⁹ Plescia, **a.g.m.**, s. 60.

⁶⁷⁰ Berger, **a.g.e.**, s. 519.

⁶⁷¹ Örneğin, Bizans hukuku dönemine ait *Leges Visigothorum*'da "hâkim tarafından bilgisizlik, açgözlülük ya da kişisel menfaat amaçları ile haksız bir hüküm verilmiş olması durumunda yargılama geçersiz sayılsa da hâkim hakkında hüküm verilemeyecektir." ifadesi yer almıştır. Benzer ifadeler *Lex Baiuvariorum*'da da yer almıştır. Burada da hâkimin benzer nedenlerle haksız bir biçimde vermiş olduğu kararın etkilerinin geçerliliğinin kabul edilmeyeceğini ve hâkimin bu karar nedeniyle suçlanamayacağı

olarak, uygulamada karşılaşılan çeşitli zorluklar nedeniyle hâkime karşı sorumluluk davası açılması yoluna sıklıkla başvurulmadığı düşünülmektedir⁶⁷². Son İmparatorluk dönemi boyunca teorik olarak var olduğu ve Romalılarından sonraki devletlerin hukuk düzenlerinde yer aldığı bilinmektedir⁶⁷³.

Hâkimin cezai ya da hukuksal sorumluluğunun kabul edilmesi, Roma hukukunda yargının denetlendiğini göstermektedir. Hâkimin sorumluluğu aynı zamanda yargının bağımsızlığını ilgilendiren bir konudur. Yargının denetiminin yine yargı organlarınca yapılması gerekir. Nitekim Roma hukukunda da yargının denetimini yargı organları yapardı. Ancak Roma özel yargılama sisteminin başlıca özelliklerinden biri olan iki aşamalılık, hâkime açılacak sorumluluk davası öncesinde, *magistra*'ya başvuruyu zorunlu kılmaktadır. Bu zorunlu başvurunun sonucunda *magistra* ağırlıkla siyasi bir organ olarak, hâkimin sorumluluğuna ilişkin davanın açılıp açılmamasına karar verecektir. Dolayısıyla sorumluluk davası öncesinde, hâkimin denetiminin daha çok siyasi bir organ tarafından yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle özel yargılama sisteminde yargının siyasi denetimi, yargının bağımsızlığı ilkesini zedelemekteydi.

2.3.3. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğunun İleri Sürüldüğü Dava (*Actio in Iudicem Qua Litem Suam Fecit*)

Actio in iudicem qua litem suam fecit, verilen hükmün haklılığından şüphelenen tarafın, olayda başvurulması gereken maddi ve usûl hukuku kurallarına taraflı olarak başvurulmaması ile sonuçlanan davanın hâkimine karşı açtığı davadır⁶⁷⁴. Bu dava, böyle

belirtilmiştir. Bu kanunlardan açıkça anlaşılmaktadır ki Orta Çağ' da kanun koyucular, hâkimlere dikkatsizlik ve bilgisizliklerinden kaynaklı olarak vermiş olduğu kararlar bakımından cezai bir sorumluluk yükletilmesini tercih etmezlerdi. Hoeflich, **a.g.m.**, s. 83-84.

⁶⁷² Harries, **a.g.e.**, s. 162.

⁶⁷³ Hoeflich, **a.g.m.**, s. 97.

⁶⁷⁴ Türk hukukunda da hukuksal anlamda sorumlu olan hâkime karşı, tazminat davası açılabileceği kabul edilmiştir. Bu tazminat davası dilekçe ile açılır. Dava dilekçesinde; tarafların (davacı: hâkimin fiilinden zarar gören, davalı: kanuna aykırı karar verdiği ve sorumluluğu doğduğu iddia edilen hâkim) kimlik ve adresleri, şikayet sebebi olan davanın özeti, dava hakkında sırasında yapılan yargılama ve verilen hüküm ve kararlarla yapılan diğer işlemlerin özetleri, açılacak olan davanın dayanağı olan sebepler ve bunları ispata yarayacak delillerin nelerden ibaret olduğu, talep ve dava olunan zararın neden ibaret olduğu yazılır (HUMK m. 575/I). Dava dilekçesinde delillerin neler olduğu yazılmalı aynı zamanda yazılı

bir durumda zarar gören tarafın uğramış olduğu maddi zararın hâkimin kişisel sorumluluğunda tazmin edilmesine hizmet ederdi⁶⁷⁵.

Klasik hukuk dönemi boyunca, kanun yolu bulunmaz ve âdil olmayan bir biçimde yapılan yargılama sonunda verilen hüküm değiştirilemezdi. Yargılama sonunda verilen haksız ve hukuka aykırı kararın neden olduğu zarar, daha çok bir tazminat davası niteliğinde olan bu dava ile giderilmek istenmiştir. Her ne kadar hukuka aykırı olan kararın geçerliliği değişmeyecek olsa da, bu davanın kabul edilmiş olması hâkimin zarara uğratmış olduğu taraf açısından bir çeşit güvenceydi⁶⁷⁶. Zira hâkim, kendi yanlış veya hatasından faydalanan tarafın sorumluluğunu üzerine alırdı ve yanlış ve haksız kararı ile taraflardan biri için ortaya çıkan zararı gidermek zorundaydı⁶⁷⁷. Dava konusunun önemi ve parasal olarak değeri ne kadar büyük olursa, hâkimin tazminle yükümlü olduğu miktarda fazla olurdu. Yani hâkimin sorumluluğunun az ya da çok olması aynı zamanda davanın önemini ve dava konusunun değerini yansıtırırdı⁶⁷⁸.

Bu davanın başlıca iki fonksiyonunun bulunduğu belirtilebilir. İlk olarak, Roma hukukunda yasal davalar (*legis actiones*) ve *formula* yargılamalarında, hâkimin neden olduğu haksız yargılama sonucunda bozulan taraf menfaatlerinin dengelenmesini sağlardı. Bu davanın bir diğer önemli fonksiyonu ise, zarar görenin mağduriyetinin

deliller ve tanık listesi de dava dilekçesi ile ekli olarak tazminat davasının görüleceği mahkemeye verilmek zorundadır. Dava dilekçesinde bulunması gereken bu hususlar yoksa, şartlar eksikse, mahkeme dava dilekçesini hâkime tebliğ etmeyecek ve davacıyı dinlemeden dava dilekçesinin reddine karar verecektir. Ancak davacı eksiklikleri tamamlayıp yeni bir dilekçe ile tazminat davasını tekrar açabilir. Davacı davayı kazanırsa yani haklı bulunursa, davalı hâkim haksız karar ve davranışı yüzünden davacının uğramış olduğu bütün zararı ödemeye mahkûm edilir. Açılan tazminat davası haksız görülür ve reddedilirse, haksız yere tazminat davası açan davacı; para cezasına, yargılama giderlerine, davalı hâkim talep etmese dahi haksız tazminat davası nedeni ile uğramış olduğu maddi ve manevi zarar için takdir olunacak uygun bir tazminat ödemeye mahkûm edilir. Kuru, **a.g.e.**, s. 5841-5858; Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 252-262.

⁶⁷⁵ Dig. 50.13.6; Dig. 44.7.5.4; Kelly, Litigation, **a.g.e.**, 115; Burdick, **a.g.e.**, s. 507.

⁶⁷⁶ D.N. MacCormick, "Iudex Qui Litem Suam Fecit," **Acta Juridica**, 149-165, (1977), s. 150-151.

⁶⁷⁷ Richard William Leage, **Roman Private Law, Founded On The Institutes of Gaius And Justinian** (London: Macmillan, 1964), s. 421-422.

⁶⁷⁸ Olivia F. Robinson, "The Iudex Qui Litem Suam Fecerit Explained," **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)**, Vol. 116: 195-199, (1999), s. 197.

giderilmesi ile birlikte, hukuka aykırı bir yargılama yapan hâkimin hukuka aykırı davranışlarda bulunmamasını sağlayan caydırıcı bir niteliğe sahip olmasıydı. Esas itibarıyla bir tazmin yükümlülüğü yüklemesi beraberinde hem fikren hem de uygulamada hâkimlerin hukuka uygun bir biçimde bir yargılama yapma zorunluluğu içinde hissetmelerini sağladı⁶⁷⁹.

Klasik dönem hukukunda *actio in iudicem qua litem suam fecit*'in denkleştirici fonksiyonunun gerekliliği, gerçek anlamda bir kanun yolunun bulunmamasından kaynaklanırdı. Roma hukukunda Klasik dönemde, kanun yolunun bu fonksiyonu, menfaatlerin hâkimin kişisel sorumluluğu ile tazmin edilerek denkleştirilmesiyle sağlanırdı. Kısacası, Roma hukukunda özel yargılama sistemi içinde kanun yolu bulunmadığından, bu dava ile hâkimin kişisel sorumluluğunun kabul edilmesinin hem denkleştirici hem de caydırıcı bir fonksiyonu vardı. Sistem dışı yargılamada ise kanun yoluna başvurularak hükmün değiştirilmesi mümkün olduğundan hâkimin kişisel sorumluluğuna gidilmezdi. Kanun yolu, hâkim için başlı başına caydırıcı bir fonksiyona sahipti. Zira kanun yoluna başvurulması, sadece denkleştirici adâlete değil, gerçek adâlete ulaşılmasını da sağlar. Kanun yoluna başvuran tarafın haklılığı ortaya çıkarsa gerçekleşmemiş adâletin gerçekleştiği kabul edilirdi⁶⁸⁰.

Bu dava ile ilgili olarak günümüzde yapılan tartışmalardan birisi, hâkime karşı açılan bu davanın, hâkimin ölümü halinde onun mirasçılarına karşı açılıp açılmayacağı sorunudur⁶⁸¹. Digesta'da yer alan aşağıdaki metin açık bir biçimde bir taraftan ölen hâkimin mirasçılarına karşı bu davanın açılabileceği düşüncesinin olduğunu belirtirken diğer taraftan bunun kabul edilemez olduğunu ve birçok kişi tarafından hâkimin mirasçılarına karşı dava açılmayacağının kabul edildiğini belirtmektedir.

⁶⁷⁹ Hoefflich, **a.g.m.**, s. 96-97.

⁶⁸⁰ **Aynı**, s. 102.

⁶⁸¹ Nurcan İpek, "Roma Hukukunda Hâkimin Dava Konusunu, Uyuşmazlığı Kendisine Mal Etmesi (Si Iudex Litem Suam Fecit)," **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan-Cilt I**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), s. 853.

Dig. 5.1.16

Ulpianus 5 ad ed.

“Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.”

Dig. 5.1.16

Ulpianus 5 ad ed.

“Julianus hâkimin uyuşmazlığı kendine mal etmesi durumunda, onun mirasçılarına karşı dava ileri sürülebileceğini düşünmektedir. Ancak bu düşünce kabul edilemez ve birçok otorite tarafından karşı çıkmıştır.”

2.3.4. Si Iudex Litem Suam Fecit’e İlişkin Roma Hukuku Metinleri

“Si Iudex Litem Suam Fecit” ile ilgili günümüze kadar ulaşan çeşitli metinlerde, hâkimin vermiş olduğu karardan memnun olmayan tarafın, davanın hâkimine karşı açabileceği bir dava ile onu sorumlu tutabileceği belirtilmektedir. Ancak hangi koşullar altında bu davanın açılabilceği ya da hangi dönemlerde bu davanın geçerlilik taşıdığı kesin olarak bilinmemektedir. Bunun yanı sıra *litem suam facere*’nin ne anlama geldiği ve hâkimin sorumluluğunun neden bir haksız fiil benzeri olarak nitelendirildiği metinlerden anlaşılamamaktadır. Hâkimin hukuksal anlamda sorumluluğuna yani *litem suam facere*’ye ilişkin olan metinlerin belirlenmesi, bu sorumluluğun nedenleri ve niteliği hakkında genel bir fikir sahibi olmayı sağlayacaktır.

Dig. 5.1.15.1.

Ulpianus 21 ad ed.

“Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.”

Dig. 5.1.15.1.

Ulpianus 21 ad ed.

“Bir hâkim, kasten bir hukuk kuralını ihlal ederse uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş olduğu kabul edilir (tarafsız olmamasının, taraflardan biri ile husumetinin olmasının veya rüşvet almasının kesin olarak kanıtlanması hâkimin kasıtlı davrandığını gösterir) ve bu durumda hâkim, uyuşmazlık konusu miktar kadar uğranılan zararı tazmin etmek zorunda kalır.”

Dig. 50.13.6

Gaius 3 rer. cott. sive aur.

“Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.”

Dig. 50.13.6

Gaius 3 rer. cott. sive aur

“Hâkimin uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmesi, tam anlamıyla haksız fiil sorumluluğu değildir. Sözleşmesel bir sorumluluğu da bulunmadığına göre, ihmal sonucunda bile olsa, birşeyi açık ve bariz bir şekilde hatalı yapıyorsa, bu eyleminden dolayı haksız fiil benzeri bir sorumluluğa sahip kılınarak kendisine karşı *in factum* dava açılabilir⁶⁸² ve böylelikle hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak takdir edilen bir miktarı ödemeye mahkûm edilecektir.”

⁶⁸² “*Actiones in factum conceptae, praetor*’un, hakkaniyet gereği korunmaya değer bulunduğu için *formula*’nın *intentio*’suna dahil ederek belirttiği bir olaya dayanan *praetor* davasıdır.” Gai. Inst. 4.46; Umur, Lügat, a.g.e., s. 15.

Gai. Inst. 4.52:

*“Debet autem iudex attendere ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet; alioquin **litem suam facit**, item, si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit, alias enim similiter **litem suam facit**. Minoris autem damnare ei permissum est.” at si etiam [. . .] qui formulam accipit, intendere debet, nec amplius [. . .] certa condemnatione constringi [. . .] usque uelit”.*

Gai. Inst. 4.52:

“Hâkim davalıyı haksız bulursa, onu bir miktar para ödemeye mahkûm etmelidir. Aynı zamanda hâkim, mahkûm edeceği miktar belirli ise, davalıyı bu miktardan daha azına veya fazlasına mahkûm etmemek için dikkatli olmalıdır. Aksi takdirde uyuşmazlık konusunu kendisine mal ettiği kabul edilir. Aynı şekilde bir üst sınır belirlenmiş ise, bu üst sınırdan fazla bir miktarı ödemeye mahkûm etmemek için dikkatli davranmalıdır. Aksi takdirde, benzer şekilde uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş olur. Zira kendisinin takdirine bırakılan miktar üst sınırdan daha az olmalıdır. Ancak herhangi bir miktar belirtilmemişse, dilediği miktara mahkûm edebilir.”

Dig. 44.7.5.4

Gaius 3 aur.:

*“**Si iudex litem suam fecerit**, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.”*

Dig. 44.7.5.4

Gaius 3 aur.:

“Hâkim, uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş ise tam olarak haksız fiilden sorumlu olduğu düşünülemez. Ayrıca bir sözleşme ile bağlı olmadığından sözleşmeden sorumluluğu da söz konusu olamaz. İhmal sonucu yargılama sırasında hata yaparsa, haksız fiil benzeri bir sorumluluğa sahip olur.”

Iust. Inst. 4.5pr:

“Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.”

Iust. Inst. 4.5pr:

“Bir hâkim, uyuşmazlık konusunu kendine mal ederse, gerçek anlamı ile bir haksız fiilden dolayı sorumlu olduğu kabul edilemez. Ancak, bir sözleşme ile sorumlu olmadığına ve bununla birlikte, ihmal sonucu ile olsa bile, bir şeyde eksiklik yaptığına göre, haksız fiil benzerinden sorumlu olacağı kabul edilir ve hâkimin kanaatine göre hakkaniyete uygun olarak takdir edilecek bir miktara mahkûm edilecektir.

Papiri Antinoopolis 1.22 :

“Item Pomponius scribit si falso tutore auctore male fuerit difisus dies. Edictum quidem cessare, et iudicem, quia neque diffidit neque sentantiam dixit, litem suam fecisse.”

Papiri Antinoopolis 1.22 :

“ Pomponius, usûlüne uygun olarak atanmayan sahte vasinin onayı ile

haksız olarak bir süre verilmiş ise, sahte vasinin belirlenmesi ile ilgili *edictum*'un uygulanmayacağını belirtmektedir. Ancak bu durumda hâkim, ne süreyi ne de kararı verdiği için, uyuşmazlık konusu kendisine mal etmiştir.⁶⁸³

Roma hukukunda M.S. 5. yüzyılda hâkimlerin durumu ile ilgili olarak bu dönemde yaşamış ünlü filozof ve yazar Ambrosius Macrobius en önemli eseri olan *Saturnalia*'da şu açıklamalarda bulunmuştur.

Macrobius, Sat. 3. 16. 15-16⁶⁸⁴:

“ *Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari, ut comitium eat percontatum, quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt, **ne litem suam faciant**. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non inpleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant. Veniunt in comitium: tristes iubent dicere: quorum negotium est narrant: iudex testes poscit: ipsus it minctum: ubi redit, ait se omnia audivisse: tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras. Eunt in consilium: ibi haec oratio: Quid mihi negotii est cum istis nugatoribus potius quam potamus mulsum mixtum vino Graeco, edimus turdum pinguem bonumque piscem, lupum germanum qui inter duos pontes captus fuit?*”

Macrobius, Sat. 3. 16. 15-16:

“ Onlar (hâkimler) kendilerini kumara adanmış, boş zamanlarında iliklerine kadar kokan ve etrafları hayat kadınları ile çevrilmiş kişilerdir. Saat onda, bir köleyi *forum*'da hangi işlemlerin yapıldığı, kimlerin konuştuğu, kanun tasarısı hakkında kimlerin olumlu, kimlerin olumsuz görüş açıkladığını sorup öğrenmesi için görevlendirirler. Görev zamanında görevde

⁶⁸³ Söğütü Erişgin, **a.g.e.**, s. 53. (Naklen)

⁶⁸⁴ Bkz. <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Macrobius/Saturnalia/3*.html> (Erişim Tarihi: 20.06.2009)

olmamalarından doğacak sorumluluktan kurtulmak için mahkemeye giderlerken, tıka basa şarap içtiklerinden, dar yolların arasındaki tüm tuvaletlere uğramak zorunda kalırlar. Mahkemeye geldiklerinde, can sıkıntısı içinde yargılamanın başlamasını emrederler. Taraflar uyuşmazlıklarını belirtir, hâkimler tanıkları çağırıp, onları dinlerler ve su içmek için bir ara verilir. Tekrar geldiklerinde, dava hakkında herşeyi dinlediklerini beyan ederek, yazılı delilleri isterler. İçmiş oldukları şaraptan ötürü, gözlerini zorlukla açık tuttuklarından, belgelere bir göz atıp, neler yazdığını anlamaya çalışırlar. Daha sonra da kararlarını vermek için, bir kenara çekilirler ve kendi aralarında birbirlerine “Yunan şarabı ile karıştırılmış bal likörünü içip, bol etli bir kuş ve iki köprü arasında yakalanmış güzel bir turnabalığı yemektense neden bu aptal insanlarla uğraşıyorum?” diye sorarlar⁶⁸⁵.”

2.3.5. *Litem Suam Facere*’nin Anlamı

Litem suam facere için hukuksal olarak kesin bir tanım yapılamaz. Bunun yanı sıra teknik bir terim olarak tercümesi de sıkıntılıdır. Muhtemel tanımı için, *litem suam facere*’ye kaynaklık eden mevcut metinlerde belirtilen durumlardan hareket edilmelidir. Aksi takdirde verilecek tanımlar, bazı noktalarda belirsizlik taşıyacaktır. Bununla birlikte, bazı hukukçuların⁶⁸⁶ önce bir tanım vererek daha sonra kaynaklarda belirtilen durumların açıklanması yolunu tercih ettikleri görülmektedir⁶⁸⁷. Ancak ne anlama geldiğine ilişkin bir tanım verilmesinden önce, hangi durumlara ilişkin olduğunun ve hangi gerekçelerle kabul edildiğinin açıklanması daha doğru bir yaklaşımdır⁶⁸⁸.

Hâkimin hukuksal sorumluluğuna yol açan davranışları dikkate alındığında *litem suam facere* “uyuşmazlığı kendisine mal etmek” anlamında kullanılmaktadır. Yargısal görevlerini yerine getirirken hâkimin bağlı olduğu *formula*’yı ve dolayısıyla

⁶⁸⁵ Plescia, **a.g.m.**, s. 66-67.

⁶⁸⁶ D. F. Pugsley, “Litem Suam Facere,” **The Irish Jurist**, Vol. 4: 351-355, (1969), s. 351; Kelly, **Litigation**, **a.g.e.**, s. 116-117.

⁶⁸⁷ McCormick, **a.g.m.**, s. 158.

⁶⁸⁸ Aynı, s. 157.

formula'nın hazırlanmasının dayanağı olan *praetor*'un *imperium* yetkisini ihlal etmesi, sınırları belirlenmiş olan uyuşmazlığın değiştirilmesi anlamına gelirdi. Zira hâkimin önceden belirlenmiş uyuşmazlığı, *formula* ile belirlenen şekilde karara bağlaması zorunluydu. Bu zorunluluğun farkında olan ancak buna aykırı davranarak karar veren hâkimin uyuşmazlığı kendine mal etmiş olduğu kabul edilirdi⁶⁸⁹. Aynı şekilde kasıtlı olarak, kendisine verilen görev ve yetkilerine uygun biçimde davranmayarak hukuka aykırı karar veren ve neden olduğu hukuka aykırılığın farkında olan hâkimin de dava konusunu veya uyuşmazlığı kendisine mal ettiği kabul edilirdi⁶⁹⁰.

Yukarıdaki metinler de dikkate alındığında⁶⁹¹ *litem suam facere*'ye yol açan nedenleri ikiye ayırarak incelemek mümkündür. İlk olarak *formula* metnine aykırılığa yani bir anlamda şekle aykırılığa ilişkin nedenler, daha sonra kasıt veya ihmal gibi davranışlarla esas hakkında verilen hukuka aykırı karara ilişkin nedenler olarak hâkimin hukuksal sorumluluğunun gerekçeleri incelenebilir⁶⁹².

⁶⁸⁹ Burdick, **a.g.e.**, s. 506; McCormick, **a.g.m.**, s. 158-159.

⁶⁹⁰ Burdick, **a.g.e.**, s. 506; McCormick, **a.g.m.**, s. 149.

⁶⁹¹ Bkz., Yuk., Bölüm 2, 2.3.4.

⁶⁹² Türk hukukunda hâkimler, verdikleri kararlardan kural olarak sorumlu olmamakla beraber kasten veya ağır ihmal ile kanuna aykırı karar vermiş olduğu durumlarda sorumlulukları kabul edilmiştir. Hâkimlerin hukuksal anlamda sorumluluğuna yol açan davranışları Hukuk Usûl Muhakemeleri Kanunu'nun 573. maddesinde sayılmıştır. Buna göre: İki taraftan birini kayırma, tutma veya kin ve garez dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adâlete aykırı karar vermiş olması durumunda (HUMK m. 573/I) hâkim sorumludur. Burada hâkimin kasten hareket etmiş olması ve kanuna ve adâlete aykırı karar vermiş olması gerekir. Yorumla ihtiyaç duymayan gayet açık, anlaşılabilir bir kanun hükmüne aykırı bir karar verilmiş olması (HUMK m. 573/II) durumunda da hâkim sorumludur. Ancak burada hâkimin kastı aranmamaktadır. Bir diğer sorumluluk nedeni duruşma tutanağında yer almayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olmasıdır (HUMK m. 573/III). Burada da hâkimin ağır kusur veya kasıtlı hareket etmiş olması gerekir. Duruşma tutanakları ile kararların değiştirilmiş (tağyir ve tahrif) edilmiş ve söylenmeyen bir sözün hükme tesir edecek şekilde söylenmiş gibi gösterilmesi durumunda da hâkim sorumludur (HUMK m. 73/IV). Bu sorumluluk halinde de hâkimin kastının olması gerekmektedir. Verilen veya sağlanan veya vaat edilen bir menfaat nedeni ile kanuna aykırı hüküm verilmiş olması hâkimin sorumluluğuna yol açan bir başka davranıştır (HUMK m. 573/V) ve bu davranış için hâkimin kastının olması gerekir. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması (İhkakı haktan istinkaf olunması) durumunda da hâkim sorumludur (HUMK m. 573/VI). Hâkimin bir dava dilekçesini sebepsiz reddetmesi veya görülmeye hazır ve sırası gelmiş bir davayı bir takım boş, gereksiz özür beyanı ile kötüniyetle görmeye teşebbüs etmesi ve devam etmesi hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmasıdır. Bu durumda da hâkimin

2.3.6. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğuna Yol Açan Davranışları

2.3.6.1. *Formula* Metnine Aykırı Kararlar

Hâkimin hukuksal anlamda sorumluluğunun belirtildiği *edictum*'un ve bu *edictum* kapsamında açılan davanın kaynağı ve uygulanırlığı, esasen *formula* yargılamasında görüldü. “*Si iudex litem suam fecit*” ifadesinde asıl olarak vurgu yapılan hâkimler, *formula* yargılamasında görev alan hâkimlerdir. Zira hâkimin hukuksal sorumluluğunun kaynağı olan *edictum* özel yargılama sisteminde yayınlanmış ve uzunca bir dönem *formula* sistemi içinde uygulanmıştır.

Formula usûlünde, *formula* metninin hazırlanmasında doğrudan, hâkim önünde davanın görülmeye başlanılmasından sonra ise dolaylı olarak *praetor*'un yargılamadaki etkileri görüldü⁶⁹³. *Formula* usûlünün, *praetor*'un *imperium* yetkisi üzerine kurulduğu kabul edilirdi. Bu yetkinin ihlal edilmesi durumunda kamusal otoritenin gücü zayıflayarak kamu düzeninin bozulacağına inanılırdı. Bu nedenle hâkimin, *imperium*'a dayanılarak *praetor* tarafından oluşturulan *formula* metninde belirlenen konulara aykırı bir yargılama yapması kabul edilemezdi.

Gaius, *Institutiones* 4.52'de davayı gören hâkimin *formula*'da belirtilen talimatları uygulamamasının, uyuşmazlığı kendisine mal etmesi olarak değerlendirildiğini belirtir. Bu metinde, *formula*'nın *condemnatio* kısmında hâkimin vereceği mahkûmiyet kararının belirli bir miktar olması gerektiği belirtiliyorsa, hâkimin davalıyı bu miktardan daha azına veya fazlasına mahkûm etmemek için dikkatli olması gerektiği, aksi takdirde uyuşmazlığı kendisine mal etmiş olacağı belirtilmektedir. Davalının mahkûm edilebileceği bir üst sınır belirtilmiş ve buna rağmen hâkim bu üst sınırın üzerinde bir miktar için hüküm vermişse aynı şekilde uyuşmazlığı kendisine mal etmiş olacağı anlatılmaktadır. Böyle bir durumda hâkimin verdiği hükmün yanlış veya

kastı aranır. Hâkimlik mesleki bir memurluk olup hâkimin bu görevi yapmakta ihmal ve gevşeklik göstermesi durumunda da sorumludur (HUMK m. 573/VII). Bu nedenlerle hâkimin sorumluluğuna gidilebilmek için daha önceden noter aracılığı ile hâkime ihtarname tebliğ edilmeli (HUMKm. 574/II) ve hâkim görevini yapmaya davet edilmelidir. Belgesay, **a.g.e.**, s. 553-562; Kuru, **a.g.e.**, s. 5836-5838; Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 243-248.

⁶⁹³ MacCormick, **a.g.m.**, s. 152.

hatalı olması, davanın esasına ilişkin değil, *formula* ile kayıt altına alınmış olan konulara aykırılığa yani şekle ilişkindir.

Gaius, yukarıdaki metinde hâkimi, *formula*'nın *condemnatio* kısmı hakkında dikkatli olması konusunda uyarmaktadır. Hâkimin vereceği kararın sınırları *condemnatio*'da geniş tutulabilirdi veya hâkimin bu konuda takdir yetkisi kısıtlanabilirdi. *Condemnatio* belirli bir parasal miktarda cezanın verilmesini öngörüyorsa, hâkim bu miktarın altında ya da üstünde bir mahkûmiyet kararı vermediği konusunda emin olmalıdır. Genel anlamda *formula*, daha dar anlamda ise *formula*'nın *condemnatio*'su hâkime belirli bir yetki veriyorsa, hâkim bu yetkinin altında ya da üstünde bir yetki kullanmamak için dikkatli olmalıydı. Aksi takdirde, *litem suam facere* durumu gerçekleşir ve mağdur olan taraf ayrı bir dava ile davanın hâkimine sorumluluk yükletebilirdi⁶⁹⁴. Kısaca, verilen hüküm ile *formula*'da belirtilenler arasında bir tutarsızlık varsa, hâkimin hukuksal sorumluluğu yoluna başvurulabilirdi.

Taraflardan biri ileri sürdüğü iddia yahut savunmasında bir hata yaparsa, *formula*'nın değişmesi gerekirdi. Bunun için yeniden *praetor*'a başvurulurdu. Bazı durumlarda *praetor*, *formula*'nın değiştirilmesine izin verirdi. *Formula* metninde değişiklik yapılması konusunda izin vermeye tek yetkili olan *praetor*'du. Davanın hâkim önünde görülmeye başlanılmasından sonra ise hiçbir şekilde *formula*'nın değiştirilmesine izin verilemezdi⁶⁹⁵. *Praetor*, bir *magistra* olarak sahip olduğu *imperium* yetkisine dayanarak *formula* hazırlardı. Bu nedenle hâkim olsa bile bir kimsenin *praetor*'un izni olmaksızın *formula* metninde değişiklik yapması, *praetor*'un sahip olduğu *imperium* yetkisinin açık bir biçimde ihlal edilmesi anlamını taşırdı⁶⁹⁶.

Hükümün kesin ve değişmez olduğu kuralı ile birlikte düşünülürse, mahkûmiyet kararının *formula*'da belirtilen talimatlara aykırı bir biçimde verilmesi durumunda dahi bu kararın geçersiz olduğu ve bağlayıcı olmadığı kabul edilemezdi. Ancak taraflar, hâkimin sorumluluğu yoluna başvurmak için *praetor*'a gidebilirlerdi. *Praetor*, önüne gelen bu meselede, hüküm verilen davanın geçersiz sayılması yönünde bir karar vermez

⁶⁹⁴ MacCormick, **a.g.m.**, s. 152; Roby, **a.g.e.**, s. 415.

⁶⁹⁵ MacCormick, **a.g.m.**, s. 150.

⁶⁹⁶ Aynı, s. 150.

ancak zarara uğrayan taraf için hâkime karşı bir dava hakkı tanırdı. Böylelikle *formula*'ya aykırı olan yargılama, geçersiz sayılmaz ve verilen hüküm, lehine olan taraf için geçerliliğini korurdu. Yargılamanın kesinliği kuralının ihlal edilmemesi için hâkimin sorumluluğuna gidilmesi, aynı konu ve nedene dayanarak davanın yeniden görülmesi ihtimalini ortadan kaldırır ve yargılama sonunda zarar gören tarafın adâletin sağlanması talebine karşılık verirdi. Bununla birlikte hâkimin hukuksal sorumluluğunun kabul edilmesi *praetor*'un *imperium* yetkisinin ihlal edilmesini önleyen caydırıcı bir yoldu⁶⁹⁷.

Yazılı *formula*, davanın hâkimine mahkûmiyet koşullarını bildirir ve bu koşulların mevcut olması durumunda mahkûmiyet kararı verilmesini emrederdi. Böyle bir emrin varlığına rağmen, *formula* metnine aykırı karar veren hâkimin sorumluluğunda kasıt veya ihmal aranır mı? Bu sorunun cevabına, Gaius'un ifadelerini dikkate alarak ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Ulpianus Dig. 5.1.15.1'de yer alan ifadesinin ilk cümlesinde “Bir hâkim, kasten bir hukuk kuralını ihlal ederse uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş olduğu kabul edilir.” şeklinde belirterek, *litem suam facere* durumunun kasıtlı davranan hâkim için söz konusu olabileceğini açık bir biçimde vurgulamıştır. Ulpianus'a ait olan bu metin ile Gaius'un ifadeleri karşılaştırıldığında çeşitli farklılıklar olduğu görülmektedir⁶⁹⁸. Bu farklılıklara rağmen, her iki metin birlikte değerlendirilirse, hâkimin *formula*'dan bağımsız olarak verdiği her hüküm değil, kötünîyetle yahut kasıtlı olarak *formula*'da belirtilen mahkûmiyet miktarları dışında bir miktara hükmetmesi ile uyuşmazlığı

⁶⁹⁷ Aynı, s. 153-154.

⁶⁹⁸ Ulpianus ve Gaius'un hâkimin dava konusunu kendisine mal etmesi ile ilgili olarak yukarıda belirtilenler arasında en belirgin farklılık, hâkimin dava konusunu kendisine mal etmiş olarak kabul edileceği durumların açık ve geniş bir biçimde Ulpianus tarafından ortaya konulmuş olmasıdır. Gaius ise, sadece hâkimin *formula*'da mahkûmiyet miktarının kesin olarak ya da bir üst sınır ile belirtildiği talimata aykırı davranmasının dava konusunu kendisine mal etmesi anlamına geleceğini belirtir. Her iki ifade arasında, dava konusunu kendisine mal eden hâkimin gidermekle sorumlu olacağı zarar miktarları bakımından da farklılık söz konusudur. Zira, Ulpianus bu miktarı, hükmedilen miktar olarak belirtirken, Gaius, *formula*'nın *condemnatio*'sunda mahkûmiyet için belirlenen sabit veya üst miktarlara göre hâkimin tazmin etmek zorunda olduğu miktarın kesin olmayan bir biçimde değiştiğini ifade etmektedir.

kendisine mal etmiş olacağı düşünülebilir. Ancak kanımızca, *formula* metninin, kendisi için bağlayıcı olduğunu bilen bir hâkimin, bu talimatlara aykırı davranmasının çok basit bir hata veya hafif ihmali sonucunda ortaya çıkması düşünülemez. Bu nedenle esasa ilişkin olmayan hataların varlığı durumunda hâkimin bu hataların meydana gelmesindeki kastı ya da ihmalinin aranması gereksizdir. *Formula*'ya aykırı davranmasıyla ortaya çıkan zarardan hâkimin sorumluluğunda kusurun aranmaması, hâkimin haksız ve âdil olmayan bir sorumluluğa maruz bırakıldığı anlamını taşımaz. Zira hâkimlerin böyle bir durumda hatalı ve yanlış bir karar vermemeleri için yapmaları gereken tek şey, *formula*'yı dikkatli okuyup talimatlara bağlı kalmalarıydı.

Iustinianus'a ait aşağıda yer alan metin, *formula*'da belirtilen mahkûmiyet koşullarını dikkate almadan karar veren hâkimin sorumluluğunu, Gaius'un ifadeleri kadar açık bir biçimde vurgulamasa da hâkimin hükmü verirken bağlı olduğu kaynakları ve dikkat etmesi gereken bazı konuları örnekleme yolu ile belirterek, Gaius'un ifadelerini desteklemektedir.

Iust. Inst. 4.17pr.:

“Superest ut de officio iudicis dispiciamus. et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. 1. Ideo si noxali iudicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus videbitur dominus, ita debeat condemnare: Publium Maevium lucio titio decem aureis condemno aut noxam dedere.”

Iust. Inst. 4.17pr.:

“Hâkimin görevlerinden söz edilecek olursa, ilk görevinin her şeyden önce kanunlara, emirnamelere ve teamüllere uygun kararlar vermek olduğu belirtilebilir. 1. *Actio noxalis* söz konusu ise⁶⁹⁹ ve efendinin mahkûm edilmesi gerekiyorsa, bu mahkûmiyet kararının Publicius Maevius'u Lucius Titius'a on altın vermeye veya suçluyu (köle) *noxam*

⁶⁹⁹ “Bir aile evladı veya kölenin gerçekleştirmiş olduğu bir haksız fiilden veya bir hayvanın hareketlerinden zarar gören kimsenin, aile reisi veya maliklere karşı zararın tazmini için açtığı davadır.” Umur, Lügat, a.g.e., s. 15.

olarak teslim etmeye şeklinde olmasına dikkat etmelidir.”

Iustinianus burada hâkimin *litem suam facere* kapsamında sorumluluğuna vurgu yapmamıştır. Bu metinde yapılan asıl vurgu, hâkimin hükmün verilmesi ve açıklanmasında dikkatli davranmasıdır. Iustinianus, bu vurguyu açık bir biçimde değil, hâkimin başlıca görevlerinin kanunlara, emirnamelere ve teamüllere göre hüküm vermesi olduğunu belirterek yapmaktadır. Metnin devamında ise örnekleme yoluna giderek bunu daha belirgin hale getirmiştir. Bu örneklerin ilkinde,” *actio noxalis* söz konusu ise, hâkim, kölenin sahibini, belirli bir parayı zarar görene vermeye ya da köleyi zarar görene teslim etmeye mahkûm etmelidir.” şeklinde belirtmiştir. Buradan çıkarılacak sonuç, hâkimin vereceği mahkûmiyet kararının sınırları belirlenmiş ise bu sınırların dışında bir takdir yetkisine sahip olmadığıdır.

2.3.6.2. Esasa İlişkin Hukuka Aykırı Kararlar

2.3.6.2.1. Kasten Hukuka Aykırı Karar Vermesi

Uyuşmazlığı kendisine mal eden hâkimin *dolus*’tan yani kastı dolayısıyla sorumlu olduğunu açıkça belirten sadece bir hukuksal metin bulunmaktadır.

Dig. 5.1.15.1.

Ulpianus 21 ad ed.

“*Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*”

Dig. 5.1.15.1.

Ulpianus 21 ad ed

“Bir hâkim, kasten bir hukuk kuralını ihlal ederse uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş olduğu kabul edilir (tarafsız olmamasının, taraflardan biri ile husumetinin olmasının veya rüşvet almasının kesin olarak

kanıtlanması hâkimin kasıtlı davrandığını gösterir) ve bu durumda hâkim, uyuşmazlık konusu miktar kadar uğranılan zararı tazmin etmek zorunda kalır⁷⁰⁰.”

Dikkat edilmesi gereken ve sorumluluğu belirleyen ifade, “*dolo malo in fraudem legis*” dir. “*Dolo malo*” geniş veya dar anlamda ifade edilebilir. Ancak, daha çok hâkimin ortaya çıkacak sonucu kötünîyetle aklında tasarlamış olması şeklinde yani kasta karşılık olarak kullanılabilen bir anlam içermektedir⁷⁰¹.

Bazı yazarlar kastın, *litem suam facere* için Klasik hukuk dönemi boyunca aranan tek koşul olduğunu zira hâkime çok basit olaylarda dahi sorumluluk yükletilmesi ile hukukî güvenlik ve istikrarın sağlanamayacağını ileri sürerler. Benzer şekilde taraflar özgür iradeleri ile davanın hâkimini seçtikleri için, hâkimin kastı dışında bilgisizliğine dayanan hatalı kararlarından sorumlu tutulmasının ileri sürülemeyeceği de belirtilmektedir⁷⁰².

Kastın, hâkimin *litem suam facere* ile sorumluluğunun genel bir koşulu olduğu kabul edilirse davanın taraflarından birisinin, davanın hâkimine karşı, esas hakkında verdiği kararın yanlış ve haksız olmasının onun kastından kaynaklandığını (*dolus malus*) ispatlamak şartıyla dava açabileceği kabul edilebilir. Bir diğer ihtimalde ise “*si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes*” ifadesi dikkate alındığında, sadece “taraf tutma, bir tarafa karşı husumet duyma ve rüşvet alma”

⁷⁰⁰ Türk hukukunda HUMK’ un 573. maddesinin birinci bendinde hâkimin tazminle sorumlu olduğu hallerden biri olarak şu hüküm yer alır. “İki taraftan birini tesahup ve iltizam veya gazez ve nefsanîyet dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adâlete mugayir bir hüküm ve karar verilmiş olması”. Kanunumuz burada hâkimin taraflardan biri ile olan dostluk (tesahup ve iltizam) veya düşmanlık (garez ve nefsanîyet) hisleri altında kanuna veya adâlete aykırı olarak karar vermesini bir hukukî sorumluluk hali olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Burada sorumluluk için iki şart aranmaktadır: hâkimin kasıtlı davranışı ve kararının kanuna veya adâlete aykırı olması. Roma hukukunda hâkimin kastından sorumluluğuna yol açan davranışlarının belirtildiği Ulpianus’a ait olan metinle, HUMK m. 573’te yer alan hüküm arasındaki benzerlik dikkate alındığında, Roma hukukunda hâkimin hukuksal sorumluluğunun, Türk hukuk üzerinde etkili olduğu anlaşılmaktadır. Belgesay, **a.g.e.**, s. 556-557; Kuru, **a.g.e.**, s. 5836.

⁷⁰¹ Monahan, **a.g.m.**, s. 443.

⁷⁰² Bu görüşler için bkz., Söğütlü Erişgin, **a.g.e.**, s. 58.

davranışlarından birisinin ispatı ile kasıtlı davrandığı kabul edilen hâkime karşı dava açılabilceği düşünülebilir⁷⁰³. Bu durumda genel kastın değil özel kastın⁷⁰⁴ arandığı kabul edilecek ve *litem suam facere* kapsamında değerlendirilen kasıtlı davranışlar önceden belirlenmiş ve dolayısıyla sınırlandırılmış olacaktır.

İlk durumda yani kastın hâkimin sorumluluğunun genel koşulu olarak kabul edilmesi durumunda, esas hakkındaki kararın yanlış ve haksız olmasının hâkimin kastından kaynaklandığı ileri sürülerek hâkime karşı dava açılır. Diğer durumda ise, belirtilenlerden birisinin ispatı, hâkimin kasıtlı davrandığı anlamını taşır. Her iki durumda ortak olan, hâkime karşı açılan davada, esas hakkında verilen kararın yeniden görülmemesi ve bu davanın hâkimin kasıtlı davranışlarda bulunması ihtimaline karşı taraflara verilmiş bir güvence niteliğinde olmasıdır.

O halde hâkimin esas hakkında kasten haksız bir karar verdiği iddiası ile açılan dava sırasında genel olarak kastın ispatı mı yoksa metinde belirtilenlerden birinin ispatı mı gereklidir? Bu sorunun muhtemel cevabına yine Ulpianus'un Dig. 5.1.15.1'de yer alan ifadeleri dikkate alınarak ulaşılabilir.

Dig. 5.1.15.1.

Ulpianus 21 ad ed.

*“Iudex tunc **litem suam facere** intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.”*

⁷⁰³ McCormick, **a.g.m.**, s. 156.

⁷⁰⁴ Özel kast, Roma hukuku içinde kullanılan bir kavram değildir. Kısaca açıklamak gerekirse, “Kapsamı daha dar tutulan bir kasıttan ibarettir. Kanunun saymayı uygun gördüğü fiillerde özel kast aranmıştır. Böyle bir kastın bulunması halinde daha daralmış (özelleşmiş) bir kast söz konusudur. Özel kast, genel kasıttan ayrı bir kavram değildir. Aynı zamanda onun bir vasfıdır ve özel kastta genel kasta göre daha özel bir şuur aranır.” Faruk Erem, “Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast,” **AÜHFD.**, Cilt no 26, Sayı no 1-2: 1-4, (1969), s. 1.

Dig. 5.1.15.1.

Ulpianus 21 ad ed

“Bir hâkim, kasten bir hukuk kuralını ihlal ederse uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş olduğu kabul edilir (tarafsız olmamasının, taraflardan biri ile husumetinin olmasının veya rüşvet almasının kesin olarak kanıtlanması hâkimin kasıtlı davrandığını gösterir) ve bu durumda hâkim, uyuşmazlık konusu miktar kadar uğranılan zararı tazmin etmek zorunda kalır.”

Dikkat edilirse, Ulpianus’un kasta ilişkin ifadeleri parantezden önce ve parantez içinde olmak üzere iki cümleden oluşmaktadır. Parantez içinde yer alan kısmın bir ilave *interpolatio*⁷⁰⁵ olarak metinde yer almış olması muhtemeldir⁷⁰⁶. Zira Ulpianus, iki cümle arasında anlamsal ilişki sağlamak isteseydi, ikinci cümlemin parantez içine alınmasına gerek duymazdı. Bu nedenle, Iustinianus’un derleme çalışması sırasında, Ulpianus’un hâkimin kastından sorumluluğuna ilişkin olan açıklamasını daha belirgin kılmak amacıyla ilave açıklama getirme ihtiyacı duyulmuş ve hâkimin kasıtlı davranışları parantez içinde açık bir biçimde belirtilmiş olabilir. Bir diğer ihtimalde ise, parantez içindeki cümlemin bir *interpolatio* olduğu değil, fakat Ulpianus’un örnekleme yolu ile hâkimin kasıtlı davrandığının ileri sürülebileceği durumları belirtmiş olduğu da düşünülebilir.

Kanımızca, yukarıda yer alan sorunun cevabına hangi ihtimalin ağır bastığının incelenmesi ile değil, parantez içinde belirtilen ve hâkime atfedilen davranışların genel bir değerlendirmesini yaparak ulaşmak mümkündür. Bu genel değerlendirme sonucunda hâkimin “tarafsız olmamasının, taraflardan biri ile husumetinin olmasının veya rüşvet aldığı kanıtlanmasının” hâkimin kastının en genel biçimde ifade edilebileceği

⁷⁰⁵ Iustinianus’un emriyle hazırlanan Corpus Iuris Civilis içerisinde yer alan Klasik dönem hukukçularına ait metinler ve imparator emirnameleri üzerinde, Corpus Iuris Civilis’in hazırlanmasına katılan hukukçuların yaptıkları değişiklikler *interpolatio* olarak ifade edilir. Bunların yapılması sebebi, Klasik dönem hukukunu, çağa uygun hale getirmektir. Yapılan bu değişikliklerin çok fazla olduğu ve hatta Digesta’nın yarısının *interpolatio* ile değiştirilmiş olduğu belirtilmektedir. Kaser, **a.g.e.**, s. 6.

⁷⁰⁶ Aksini savunanlar için bkz., Söğütlü Erişgin, **a.g.e.**, s. 58, dn. 83-84.

durumlar olduğu anlaşılır⁷⁰⁷. Zira hâkimin tarafsız davranmaması ya da taraflardan birine husumet beslemesi, kapsamı oldukça sınırlı olan özel durumlar değil, hâkimin kasıtlı davrandığının bir başka ifade biçimidir. Bu nedenle hâkimin kasıtlı olarak yanlış ve haksız bir karar vermesinden dolayı zarara uğrayan tarafın ileri sürdüğü iddialarını, *dixerit* kelimesinden sonra parantez içerisinde belirtilen ve *litem suam facere* olarak kabul edilen durumlardan birine dayandırması gerekir⁷⁰⁸. Dolayısıyla hâkimin taraflı davranması, taraflardan biri ile husumetinin bulunması ve dava ile ilgili rüşvet alması sorumluluğuna yol açardı. Varlığı iddia edilen bu durumlar, kesin bir biçimde ispat edilmedikçe hâkimin kastından söz edilemezdi⁷⁰⁹. Kastın varlığının bunlardan birine dayanarak ileri sürülmesi ve ispatlanması yeterliydi.

Ulpianus'un Dig. 5.1.15.1'de belirttiği davranışların gerçekleşme zamanı da tartışılabilir konulardan biridir. Yani hâkimin taraf tutması veya taraflardan birisine husumet beslemesi (*gratia vel inimicitia*) ve rüşvet alması (*vel etiam sordes*) davranışlarından birisinin dava öncesinde var olup, davanın görülmesi sırasında da devam etmesi mi aranır? Yoksa bu durumların, dava başladıktan sonra ortaya çıkması da yeterli midir? Kanımızca, belirsiz olan bu konu da hâkimin kastından sorumluluğunu sınırlandıran bir cevabı tercih etmek doğru değildir. Daha önce hâkimin almış olduğu rüşvet dolayısıyla cezai sorumluluğu incelenirken⁷¹⁰ Macer, M.Ö. 59 yılında çıkarılan *Lex Julia de Repetundis* kapsamında, rüşvet almamış olsa dahi dava sırasında kızgınlıkla masum bir kimse hakkında ölüm cezası veren hâkimin sorumlu olduğunu belirtmiştir⁷¹¹. O halde hâkimin sorumluluğunda asıl olan davanın öncesinde veya sonrasında ortaya çıktığı fark etmeksizin bu olayların hâkimin kararında etkisinin bulunmasıdır⁷¹².

Şekle (*formula* metindeki talimatlara) aykırı kararlardan farklı olarak burada, hâkimin kasıtlı olarak haksız ve yanlış karar vermesi, bazı gizli anlaşmalara ya da açığa

⁷⁰⁷ Monahan, **a.g.m.**, s. 443.

⁷⁰⁸ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 168 ve 216.

⁷⁰⁹ McCormick, **a.g.m.**, s. 156.

⁷¹⁰ Bkz., Bölüm 2, 2.2.

⁷¹¹ Dig. 48.11.7.3.

⁷¹² McCormick, **a.g.m.**, s. 156.

vurulmayan düşüncelere dayanırdı. *Formula*'da belirtilen talimatlara aykırı davranışı açık bir biçimde anlaşılırken, kasıtlı olarak karar verdiği ancak belirtilen durumların ispatı ile söz konusu olurdu⁷¹³.

2.3.6.2.2. İhmal Sonucunda Hukuka Aykırı Kararlar Vermesi

Gaius'un ifadelerinden hâkimin sorumluluğunun sadece kasıt ile sınırlandırılmadığı anlaşılmaktadır. Dig. 50.13.6 ve Dig. 44.7.5.4'te "*licet per imprudentiam*" yani "ihmal sonucunda bile olsa" hâkimin uyuşmazlığı kendine mal etmesinden sorumlu olduğu belirtilmektedir. Hâkimin hukuka aykırı kararı ile ortaya çıkan zararlı sonuç yeteneksizlik, bilgisizlik ve tecrübesizlik gibi durumlardan kaynaklı ise *imprudentia* ifadesi ihmal anlamında *culpa*'nın karşılığı olarak kullanılırdı. Bu nedenle "*imprudentia*" kelimesi, *dolus*'un karşılığı olarak değil, dikkatsizlik, tecrübesizlik, öngöremezlik gibi hangi durumlardan kaynaklı olursa olsun *culpa* yani ihmal anlamında kullanılmıştır. Dolayısıyla, Ulpianus'un ifadelerinde hâkimin sorumluluğunun sadece *dolus* ile sınırlandırıldığı, Gaius'un ifadelerinde ise hâkimin sorumluluğunun ihmal derecesine çıkartılarak genişletildiği görülmektedir⁷¹⁴.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde de⁷¹⁵ aynı durumun geçerlilik taşıdığı ve bu dönemde kastın hâkimin sorumluluğunun tek koşulu olmadığı, aynı zamanda ihmalin de bir sorumluluk ölçütü olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁷¹⁶.

Bunun yanı sıra, Gaius'un açıklamalarını Ulpianus'un görüşüne yaklaştıracak şekilde yorumlamakta mümkündür. Yani Gaius'un belirttiği ihmalin, basit ve hafif bir ihmal olmadığı, ağır bir ihmal olduğu ve buna, kasta ilişkin kuralların kıyasen uygulanabileceği düşünülebilir. Örneğin, *formula* yargılamasında, hâkimlerin *formula*'ya sıkı sıkıya bağlı olmaları, bu yargılamanın başta gelen özelliklerinden biridir. *Praetor*, davayı görececek hâkime, davayı ne zaman göreceğini, neleri dikkate

⁷¹³ Aynı, s. 156.

⁷¹⁴ Monahan, *a.g.m.*, s. 445.

⁷¹⁵ Iust. Inst. 4.17pr.

⁷¹⁶ Bununla birlikte, Iustinianus'un *Institutiones*'inde esas itibarıyla Gaius'un ifadeleri yeniden belirtilmiştir. Zira, Iustinianus'un *Institutiones*'i, Gaius'un *Institutiones*'inin yeniden uyarlanmış halidir.

alması gerektiğini, neleri değerlendireceğini ve dava sonunda davalıyı haksız bulursa onu neye mahkûm edeceğini açıkça ortaya koyardı. Buna rağmen hâkimin, *formula*'da belirtilen konulardan ayrılmasını veya duruşma gününde mahkemede hazır bulunmamasını basit bir ihmal olarak değerlendirmek mümkün olabilir mi? Bu davranışları hâkimin kastının ve kötünîyetinin bir göstergesi olarak kabul edip, Gaius'un açıklamalarından, Ulpianus'unkilerle benzer sonuçlar çıkarmak mümkün olabilir⁷¹⁷.

Ulpianus'a ait olan metinde olduğu gibi, Dig. 44.7.5.4 ve Dig. 50.13.6'da yer alan metinlerin de *interpolatio*'ya uğradığı düşünülebilir. Bu düşüncenin oluşmasında Gaius'a ait metinlerin karşılaştırılması etkili olmaktadır. Metinsel karşılaştırma sonucunda Dig. 44.7.5.4 ve Dig. 50.13.6'da yer alan ifadelerin Gaius'a ait olduğu ve her ikisinde de aynı ifadelerin ve dolayısıyla aynı anlamın tekrar edildiği görülür. Ancak Dig. 50.13.6'da yer alan ifadenin son bölümünde ilave bir kısım daha yer almaktadır ki bunun *interpolatio* olduğu düşünülmektedir. Dig. 44.7.5.4., "*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.*" şeklinde belirtilmektedir. Dig. 50.13.6.'da ise "*Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*" şeklinde belirtilmektedir. Burada, hâkimin sorumluluğuna yol açan dava sonucunda tazminle sorumlu olduğu zarar miktarının hakkaniyete uygun bir biçimde belirleneceği ilavesi yapılmıştır.

Ulpianus'a ve Gaius'a ait olan metinler birlikte değerlendirildiğinde hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinden kaynaklanan sorumluluğunun tarihsel bir gelişim geçirdiği ve bu gelişim süreci içerisinde sorumluluğun kapsamının genişlediği anlaşılmaktadır⁷¹⁸. Dolayısıyla Ulpianus'un açıkladığı *dolus malus*, hâkimin sorumluluğunun tek koşulu değildir. Klasik hukuk döneminde, hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinden ötürü sorumlu tutulması için, davayı görürken ihmalkâr

⁷¹⁷ Metzger, Civil Trial, a.g.e., s. 153.

⁷¹⁸ Monahan, a.g.m., s. 445.

davranması yeterliydi. Bu çerçevede hâkim olarak görevlendirilen kişinin bu görevi yapması, bir kamu görevi olarak kabul edildiğinden, kararlaştırılan tarihte mahkemede hazır bulunmaz ve hastalık gibi haklı bir sebep olmaksızın davayı ertelerse hukuken sorumlu tutulurdu. Zira davaya katılmama ya da haksız yere erteleme, çok basit hatalardan kaynaklandığından ağır ihmâl derecesinde kabul edilirdi.

Papiri Antinoopolis 1.22 ve Macrobius, Sat. 3. 16. 15-16'da hâkimin görevini gereği gibi yerine getirmemesinden doğan sorumluluğuna yol açan davranışlarından bazıları belirtilmektedir. İlk olarak Papiri Antinoopolis 1.22 ile sahte vasinin onayı ile hazırlanan *litis contestatio*'ya dayanarak açılan davanın ertelenmesinin hukuka uygun bir erteleme kararı olmadığı belirtilmektedir⁷¹⁹. Zira usûlüne uygun olarak atanmayan bir vasinin onayı geçersiz olup, bu çerçevede davanın reddi gerekirdi⁷²⁰. Sahte vasinin katıldığı davayı reddetmesi gerekirken, bu davayı gören hâkimin sorumlu olduğu kabul edilmiştir⁷²¹. Diğer taraftan metnin içinden ikinci bir anlam daha çıkabilmektedir. Bu da, hâkimin davayı reddetmesi gerekirken haksız bir erteleme kararı vermesinin haklı olan diğer taraf açısından kararın gecikmesi anlamına geleceği için hâkimin bu gecikmenin ortaya çıkaracağı zarardan sorumlu olacağı şeklindedir⁷²².

Macrobius, Sat. 3.16.15-16'da ise duruşma gününde hazır bulunmamanın hâkimin sorumluluğuna neden olduğu açık bir biçimde belirtilmiştir. Hâkim, haklı bir sebebi olmaksızın belirlenen zamanda mahkemeye gelmeyerek davada görev almazsa davacı davasını kaybederdi. Böyle bir durumda davacı, daha sonra davanın hâkimine karşı davaya katılmadığı ve *magistra*'nın talimatlarını yerine getirmediği gerekçesiyle *iudex litem suam fecit*'e dayanarak, sorumluluk davası açabilirdi⁷²³.

⁷¹⁹ Metzger, Civil Trial, **a.g.e.**, s. 130.

⁷²⁰ Bir görüş, sahte vasinin davada yer alması tehlikesini ortadan kaldıracı iken bunu yapmayan hâkimin, bu tehlike nedeniyle ortaya çıkan zarara katlanmak zorunda olduğunu belirtir. Dolayısıyla hâkimin sorumluluğu tehlikeyi taşıma ilkesinden doğmaktadır. Söğütlü Erişgin, **a.g.e.**, s. 54., dn.76.

⁷²¹ Metzger, Civil Trial, **a.g.e.**, s. 137.

⁷²² Bu belirsizlik, metnin tam olarak günümüze kadar ulaşmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Metzger, Civil Trial, **a.g.e.**, s. 135-136; McCormick, **a.g.m.**, s. 154.

⁷²³ Dig. 5.1.18pr'de belirtilen "hastalık, zorunlu seyahat veya malvarlığını tehdit eden bir tehlikenin varlığı" hâkimin davaya başlamasına engel olan olaylardan bazılarıdır.

Sistem dışı yargılamanın kabulünden kısa bir süre önce, İmparator Constantinus döneminde, hâkimin davacıya karşı olan sorumluluğu konusunda yeni düzenlemeler getirilmişti⁷²⁴. Bu düzenlemelerde asıl olarak hâkimin ihmallerinden sorumluluğu yer almıştır. M.S. 318 yılında Korsika valisine yöneltilmiş olan emirname ile, hâkimlik görevini iyi bir şekilde gerçekleştiremeyip, yanlış karar veren hâkimlere karşı, davacıların hakları düzenlenmişti. Bir tarafın kayırılması ya da bir taraftan rüşvet alınması sonucunda, hâkim gerçeklere ulaşamamış ve yanlış bir karar vermişse ya da dava, hâkimin ihmallerinden ötürü, gereğinden fazla uzamışsa, hâkim ortaya çıkan zararı kendi malvarlığından ödemeliydi⁷²⁵.

2.3.6.3. “*Iniuria Iudicis*”, Hâkimin Hukuka Aykırı Kararı

Iust. Inst. 4.4pr. :

“*Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci φῶρος appellant; alias culpa, quam Graeci ἁδῆγμα dicunt, sicut in lege Aulia damnum iniuria accipitur; alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἁδῆγαν vocant. cum enim praetor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur.*”

Iust. Inst. 4.4pr. :

“Genel anlamıyla, hukuka aykırı olarak yapılan her şey *iniuria*’dır. Özel anlamı ile, bazen Yunanlıların φῶρος olarak belirttikleri hakaret, tecavüz; bazen *Lex Aquilia*’da belirtilen *damnum iniuria* gibi, Yunanlıların ἁδῆγμα kelimesinin karşılığı olan kusur; bazen de Yunanlıların ἁδῆγμα dedikleri hukuka ve hakkaniyete aykırılık anlamına gelir. Bununla birlikte, *praetor* veya hâkim tarafından haksız bir karara mahkûm edilen kimsenin de *iniuria*’ya maruz kaldığı söylenir.”

Iustinianus’a ait olan yukarıdaki metinde *iniuria*’nın bir çeşidi olan “*iniuria*

⁷²⁴ Harries, a.g.e., s. 161.

⁷²⁵ C.T. 1.16.3; C.T. 2.6.2.

iudicis” ile *praetor* veya hâkim tarafından haksız, yanlış ve dolayısıyla hukuka aykırı kararlar verilmesi anlatılmaktadır. Benzer ifadeler Dig. 47.10.1pr.’de de yer almaktadır.

Dig. 47.10.1pr.

Ulpianus 56 ad ed.

“*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo.*”

Bu metinde de, genel anlamda *iniuria*’nın bir kimsenin zarar görmesine neden olan her türlü hukuka aykırılık olduğu belirtilmektedir. Özel anlamı ile *iniuria*, hakaret olarak ifade edilmektedir. *Iniuria*’nın neden olduğu zarar, bazen *Lex Aquilia*’da olduğu gibi ihmalden bazı durumlarda haksız ve hakkaniyete aykırı olarak verilen, hukuka aykırı bir karardan kaynaklanırdı. Bu durumda hukuk ihlal edilir ve hukukun uygun görmediği adâletsiz bir durum ortaya çıkardı⁷²⁶.

“*Iniuria iudicis*”, *actio iniuria*’yı yani manevi bütünlüğe yönelik hakaret ve tecavüz fiillerinden ve *Lex Aquilia*’da belirtilen mala verilen zararlardan (*damnum iniuria datum*) farklıdır⁷²⁷. Bu farklılık hâkimin haksız bir karara mahkûm etmesinin yani *iniuria iudicis*’in bir haksız fiil benzeri (*quasi ex maleficio*), belirtilen diğer *iniuria* durumlarının ise haksız fiiller arasında yer almasıdır⁷²⁸.

Metinlerde *iniuria iudicis*’e ilişkin bir tanım verilmemiş olsa dahi, hâkimin haksız olarak verdiği kararın *iniuria* olarak ifade edilmesinin nedeninin, hukuka ve hakkaniyete aykırılık olduğu anlaşılmaktadır. Zira *iniuria*’nın genel ve özel anlamları

⁷²⁶ Burdick, **a.g.e.**, s. 501; Harries, **a.g.e.**, s. 158; Watson, *Obligations*, **a.g.e.**, s. 248-250.

⁷²⁷ Watson, *Obligations*, **a.g.e.**, s. 248.

⁷²⁸ MacCormick, **a.g.m.**, s. 160.

ifade edilirken kullanılan kelimeler haksızlık, adâletsizlik, hakaret, tecavüz, hukuka ve hakkaniyete aykırılıktır. Bu nedenle, *iniuria iudicis*, haksız ya da hukuka uygun olmayan bir davranış sonucunda ortaya çıkardı. Bu ise hâkimin bazı hukuksal değerler ve erdemlerden yoksun olduğunu gösterirdi. Hâkimin adâlet ve hakkaniyet gibi değerleri gözetmeksizin bir karar vermesi ve dolayısıyla bir *iniuria* durumunun ortaya çıkması, yargılamadaki başarısızlık olarak kabul edilebilir. *Iniuria iudicis*, bu şekilde yorumlanırsa, *litem suam fecit* kapsamında değerlendirilebileceğini de anlamak kolaylaşır⁷²⁹.

“*Iniuria iudicis*” denilen kavramı ilk olarak İlk İmparatorluk döneminde, Roma hukukçuları ortaya koymuşlardı⁷³⁰. *Iniuria iudicis* olarak kabul edilen durumların örnekleri Roma hukuku metinlerinde yer almaktadır. Bu örneklerden bazıları aşağıda yer almaktadır⁷³¹.

Gaius, bir *procurator*’un⁷³², temsil ettiği kişiye ait diğer tüm işlemlerinde olduğu gibi, davada da onu iyiniyetli olarak temsil etmesi, davadan elde ettiği her şeyi iyiniyetli olarak temsil ettiği kişiye teslim etmesi gerektiğini bildirmiştir. Buna göre *procurator*, bir şeyi hâkimin yanlış kararı yani *iniuria iudicis* sonucunda elde etmiş olsa bile, bunu temsil ettiğine vermek zorundaydı⁷³³.

Pomponius, mirasçıya belli bir miktar parayı ödemesi şartına bağlı olarak, vasiyetname yoluyla azat edilen kölenin durumuna ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Köle, azat edilmesinin şartı olan parayı ödedikten sonra, söz konusu vasiyetnamenin geçersiz olduğuna dair dava açılmış ve hâkim mirasçı aleyhine karar verip, vasiyetnameyi geçersiz saymışsa, kölenin özgür mü yoksa azatlı mı sayılacağına dair farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak, hukukçuların üzerinde anlaştıkları konu, hâkimin yanlış kararı gereğince (*iniuria iudicis*), haklı mirasçı davayı kaybetmişse, şartı

⁷²⁹ Aynı, s. 160.

⁷³⁰ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 102.

⁷³¹ Bu örnekler için bkz., Harries, **a.g.e.**, s. 159.

⁷³² Bir kimsenin işini ya da işlerini yapmak için kendisine vekâlet verilmiş kişiler *procurator* olarak adlandırılırdı. Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 171.

⁷³³ Dig. 3.3.46.4.

gerçekleştirerek parayı ödeyen kölenin, azat edilmiş sayılacağıdır⁷³⁴.

Digesta'da *iniuria iudicis*'den Dig. 20.5.12.1 ve Dig.20.6.13'de de söz edilmektedir. Hâkimin yanlış kararı (*iniuria iudicis*) yüzünden alacaklı, borçlunun değil de, onları haklı olarak elinde bulunduran sahibinin (*dominus*) mallarına el koymuşsa, borcun ödenmesi halinde, söz konusu malların sahibine geri verilmesi gerekir⁷³⁵. Ayrıca, hâkimin yanlış kararı yüzünden (*iniuria iudicis*), rehin (*pignus*) borçlusu borcundan kurtulmuşsa, yanlış olmasına rağmen kararın sonuçlarına uyulması gerekir⁷³⁶.

Hâkimin kasıt veya ihmalden sorumluluğu ile *iniuria iudicis* yani hâkimin hukuka aykırı, yanlış veya haksız kararının Roma hukuku metinlerinde farklı konular olarak yer aldığı görülmektedir. Roma hukuku metinlerinde yer alan örneklerin hiç birinde, hâkimin hukuka aykırı, yanlış veya haksız kararının kasıt veya ihmali ile verildiği belirtilmemiştir. Ayrıca, *iniuria iudicis* olarak adlandırılan bu kararı veren hâkime karşı başvurulabilecek hukuksal yollarda metinlerde yer almamaktadır. Farklı konular olarak düzenlense dahi hâkimin hukuka aykırı, yanlış veya haksız kararlarının onun ihmali bir davranışı ile ortaya çıktığının ileri sürülmesi mümkündür. Dolayısıyla *iniuria iudicis* örneklerinde, zarara uğrayan taraf hâkimin ağır ihmali veya kastını ispat ederek, *litem suam facere* kapsamında sorumluluğunu talep edebilirdi⁷³⁷.

Son İmparatorluk döneminde ise *iniuria iudicis* ifadesinin yerini *gratia iudicis* almıştır. *Gratia iudicis*, hâkimler tarafından yapılan hatalı kararların önlenmesi için, imparator tarafından bir baskı unsuru olarak kullanılmıştır⁷³⁸. Çeşitli emirnamelerde hükmü satan, para alan, taraf tutan hâkimlerin davranışları için *gratia* vurgusu yapılmıştır⁷³⁹.

⁷³⁴ Dig. 40.7.29.1.

⁷³⁵ Dig. 20.5.12.1.

⁷³⁶ Dig. 20. 6.13.

⁷³⁷ Robinson, **a.g.m.**, s. 198.

⁷³⁸ Harries, **a.g.e.**, s. 165-166.

⁷³⁹ C.T. 1.16.3; C.T. 9.42.7; C.T. 11.30.57

2.3.7. *Litem Suam Facere*'nin Anlamını Açıklayan Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi

Daha önce belirtildiği gibi⁷⁴⁰ “*litem suam facere*” nin tam bir çevirisini yapmak mümkün değildir. Anlamını, doğrudan bir tanım vererek, *litem suam facere*'ye neden olan ve *litem suam facere* kapsamında değerlendirilen davranışları anlamadan belirlemekte doğru bir yaklaşım değildir.

Ancak bazı yazarlar tarafından öncelikle bir tanım verilmesinin tercih edildiği görülmektedir⁷⁴¹. Bu tanımlar arasında *litem suam facere*'yi, hâkimin davanın kaybedilmesine yol açması ve dolayısıyla davalının yerine geçerek davacıya karşı sorumlu olması şeklinde açıklayan görüşler⁷⁴² kabul edilebilir görünmemektedir. Zira böyle bir tanımla hâkimin sorumluluğunun sadece davacıya karşı bir sorumluluk olduğu anlamı ortaya çıkar. Ancak *litem suam facere*'ye yol açan durumlar söz konusu olduğunda, zarar gören taraf davanın hâkiminine karşı talepte bulunur. Talepte bulunan taraf davacı olabileceği gibi davalı da olabilir. Yani hâkimin davranışından sadece davacı taraf değil, davalı tarafta zarar görebilir. Bu görüşe karşı olan bir başka görüş, *litem suam facere*'nin hâkimin hatalı mahkûmiyet kararının sonuçlarından çok, sorumluluğuna yol açan davranışlarının dikkate alınarak yorumlanabileceğini belirtir⁷⁴³. Bu nedenle hâkimin davranışı ile ortaya çıkan zararlı sonuç değil, bu sonucun ortaya çıkmasına neden olan hâkimin davranışları dikkate alınmalıdır.

Litem suam facere'nin, hâkimin, *formula* ile kendisine bildirilen talimatlara aykırı davranarak karar vermesi sonucunda ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulması olarak açıklanmasının da⁷⁴⁴ yeterli olduğu söylenemez. Zira *formula* metnine aykırılık *litem suam facere*'ye yol açan durumlardan sadece biridir.

⁷⁴⁰ Bkz., Yuk., Bölüm 2, 2.3.5.

⁷⁴¹ Bu yazarlar için bkz., Söğütlü Erişgin, **a.g.e.**, s. 61-64.

⁷⁴² **Aynı**, s. 61, dn. 96 ve 101.

⁷⁴³ Kelly, Litigation, **a.g.e.**, s. 104.

⁷⁴⁴ Söğütlü Erişgin, **a.g.e.**, s. 61, dn. 98-99.

Hâkimin görev kurallarına aykırı bir davranışı olarak *consilium*'a⁷⁴⁵ başvurmadan karar almasını *litem suam facere* olarak nitelendiren bir başka görüş daha vardır⁷⁴⁶. Bu görüş, *litem suam facere*'nin anlamını ortaya koyarken öncelikli olarak metinlerden hareketle kapsamının belirlenmesinin neden önem taşıdığını göstermektedir. Zira, buraya kadar olan açıklamalarda hâkimin *consilium*'a başvurarak görüş almamasının *litem suam facere* kapsamında yer aldığı belirtilmediği gibi, hâkim açısından böyle bir zorunluluk zaten söz konusu değildir⁷⁴⁷.

Litem suam facere, teknik bir anlama sahip olarak “hâkimin kendi uyuşmazlığını yaratması” olarak da yorumlanmıştır⁷⁴⁸. Kanımızca “*litem suam facere*” ifadesinde yer alan kelimelerden hareketle, anlamının bu şekilde belirlenmesi kolay anlaşılır görünmemektedir.

Daha farklı bir yaklaşımla, “ultra vires” ilkesi ile ilişkilendirilerek⁷⁴⁹, *litem suam facere*'nin anlamı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ultra vires, Latince bir kavramdır. Kelime anlamı itibarıyla “ultra” ötesine, ötesinde, dışına, dışında; “vires” ise güç, kudret anlamında kullanılır. Buna göre ultra vires, gücün, yetkinin ötesinde veya dışında anlamını ifade etmektedir⁷⁵⁰. Bu görüş, *litem suam facere* ile ultra vires arasındaki ilişki, hâkimin *formula*'yı ve yargılama yetkisini aşan her davranışının yani ultra vires ilkesinin ihlalinin, *litem suam facere* olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde açıklamaktadır. Bu görüş, *litem suam facere*'ye yol açan durumlar bakımından hâkimin

⁷⁴⁵ Hâkimlerin hukuk eğitimi almış kişilerden olması aranmadığı için, hâkimler sıklıkla hukukçuların *consilia* adı verilen yazılı görüşlerine ihtiyaç duyarlardı. Roma hukukunda, bu görüşlerin hâkim için bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı kesin bir biçimde belirtilemez. Abdy, **a.g.e.**, s. 14; Kocourek, **a.g.m.**, s. 439.

⁷⁴⁶ A. M. Honore, **Gaius** (Oxford: Clarendon Press, 1962), s. 102.

⁷⁴⁷ Gellius, 14.2.

⁷⁴⁸ MacCormick, **a.g.m.**, s. 158.

⁷⁴⁹ “Ultra Vires” İngiliz hukuku içinde ortaya çıkmış ve gelişim göstermiş bir hukuksal kuramdır. Bu nedenle, asıl olarak İngiliz hukukunun kaynak ve niteliklerindeki gelişim koşulları ile ilişki kurularak açıklanmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., Uğur Mumcu, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı,” **AÜHFD**, Cilt no 27, Sayı no 1: 37-66, (1970), s. 51-66; Edward Jenks, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler,” Çev. Mukbil Özyörük. **AÜHFD**, Cilt no 7, Sayı no 1: 40-79, (1950), s. 76-77.

⁷⁵⁰ Türk İdare hukuku ve Şirketler hukuku içerisinde bu kavramın yer aldığı görülmektedir. “Ultra Vires” için yabancı doktrinde ve Türk doktrininde yapılan çeşitli tanımlar için bkz., Mumcu, **a.g.m.**, s. 54-57.

kasıt veya ihmalinin araştırılmasına gerek olmadığını, hâkim tarafından ultra vires ilkesinin ihlal edilmesinin, onun sorumluluğu için yeterli bir neden olduğunu belirtmektedir⁷⁵¹. Ancak, ultra vires ilkesinin Roma hukukunda kabul edilmiş ve uygulanmış olduğu söylenemez⁷⁵². Bu nedenle Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunu, ultra vires ilkesinin ihlaline bağlamak ve *litem suam facere*'yi bu şekilde algılamak doğru bir yaklaşım olarak görünmemektedir. Bununla birlikte, hâkimin sorumluluğunun belirlenmesinde, Roma hukuku metinlerinde kasıt veya ihmale atıf yapıldığı açık bir biçimde görülürken, kastın veya ihmalin aranmadığını ileri sürmekte mantıklı değildir.

Litem suam facere, “tarafsız olmahtaki başarısızlık” olarak da tanımlanmıştır⁷⁵³. Ancak hâkimin tarafsız davranmaması, Roma hukuku metinlerinde hâkimin kastından sorumluluğu bakımından ispat edilmesi gereken durumlardan sadece biri olarak yer almaktadır. Dolayısıyla bu tanımın, *litem sum facere*'nin kapsamını daraltan bir tanım olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki tanım ve görüşlerden farklı olan bir başka görüş, *litem suam facere*'nin hem hatalı karardan zarar gören tarafın zararının tazmin edilmesi için hâkimin yargılanması hem de hâkimin tarafsız davranmamasıyla ortaya çıkan zarardan sorumlu olması anlamlarına sahip olduğunu belirtmektedir⁷⁵⁴. Ancak, biri geniş diğeri dar olan iki ayrı anlamın, *litem suam facere*'nin karşılığı olarak kullanılabileceği düşünülemez. Geniş anlamda kullanıldığında sınırları belirsiz bir biçimde kapsamı

⁷⁵¹ Pugsley, **a.g.m.**, s. 352.

⁷⁵² “Ultra vires kavramı, ilk kez yargısal kapsamı ile özerk kuruluşların ve demiryolu şirketlerinin (independent statutory bodies and railway companies) yetki aşımaları nedeni ile ortaya çıkmıştır. Bu konudaki ilk karar, 1875 yılında alınmıştır. Ashbury Şirketi, makine mühendislik ve taahhüt işleri ile uğraşması gerekirken, Belçika'daki bir demiryolu inşaatına yardım etmek için sözleşme imzalamıştır. Böylece şirket yöneticileri kendilerine verilen yetkiyi amacı dışında kullanmışlardır. Belçika'daki bir demiryolu inşaatına para koymakla şirketin amacı dışında bir yatırıma girişilmiş olunmaktadır. Konu ilk kez bu kararla, şirketlerin ehliyetine ilişkin bir özellikle ortaya çıkmış, sonradan uygulama alanı genişlemiş, giderek şirketler hukukunun dar kalıplarını yırtarak kamu gücünün ve mahallî otoritelerin yetki aşımalarını ifade etmek için kullanılmıştır.” (Naklen) Mumcu, **a.g.m.**, s. 57.

⁷⁵³ Kelly, *Litigation*, **a.g.e.**, s. 107.

⁷⁵⁴ Zimmermann, **a.g.e.**, s. 16, dn. 87.

genişlerken, sadece tarafsız davranmama olarak kabul edilmesi diğer davranışlarının *litem suam facere* kapsamının dışında olduğu düşüncesini ortaya çıkarır.

O halde genel olarak değerlendirildiğinde, *litem suam facere*'nin ne anlam taşıdığı ve yorumu, doğrudan verilen bir tanım üzerinden yapılmak istenirse bazı eksiklikler ve yanlışlar ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü üzere, doğrudan yapılan tanımlar *litem suam facere*'nin kapsamında yer alan durumların genişlemesine veya daralmasına neden olmaktadır. Sadece teknik bir tanım vermekte oldukça güç ve yetersiz olup, sadece hukuksal anlamının ortaya konulması da aynı şekilde kolay değildir.

Bu konuda başvurulabilecek en doğru yaklaşım, *litem suam facere*'nin teknik olarak yakın anlamı ile hâkimin hukuksal sorumluluğuna yol açan tüm davranışlarının da dikkate alınması ile verilebilecek hukuksal anlamının bir araya getirilmesidir. Ancak gerek tercüme zorluğu gerekse de Roma hukuku metinlerinden anlaşıldığı üzere, *litem suam facere*'nin algılanışının dönemlere göre farklılık göstermesi ve uygulamada örneğine rastlanılmaması, böyle bir yaklaşımla dahi kesin bir tanımının yapılmasına engel olacaktır.

2.3.8. Hâkimin Hukuksal Sorumluluğunun Niteliği

Buraya kadar olan açıklamalar özetlenecek olursa, özel yargılama sisteminde hâkim, yargılamanın temel gereksinimlerini ihlal ettiği zaman ihmalden (*culpa*)⁷⁵⁵ sorumlu idi. Örneğin, davanın görüleceği zamanda mahkemede bulunmamak, haklı bir neden varken davayı ertelememek, *formula*'da belirtilen talimatlara aykırı şekilde yargılama yapmak gibi durumlarda hâkimin ihmalden (*culpa*) sorumluluğu söz konusu idi. Belirli bir hukuk kuralını açık bir biçimde ihlal ederse kasıt yani *dolus*'tan sorumludur. Örneğin, taraflı davranması, taraflardan birine husumetinin olması ve rüşvet alması durumlarında hâkimin *dolus*'tan sorumluluğu söz konusu idi⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Dig. 44.7.5.4.

⁷⁵⁶ “Hâkimin sorumluluğuna ilişkin olarak yukarıda yer alan metinlerde hâkimlere karşı açılan davaların olduğu anlaşılmaktadır. Ancak hâkimin bu sorumluluğuna ilişkin bir dava örneğine kaynaklarda rastlanılmamaktadır. Genel olarak bu davaların varlığı belirtilse de, *iudex qui litem suam litem fecit edictum*’ una dayanarak verilen belirli bir dava örneği günümüze kadar ulaşmış değildir. Roma hukukunda, kayıt altına alınan hâkim kararları vardı. Ancak bu kararlar, hukukçuların eğitiminde ve

Si iudex litem suam fecit'in yer aldığı Roma hukuku metinlerinde, hâkimin sorumluluğunun niteliği açık bir biçimde vurgulanmıştır. Gaius'a ait olan Dig. 44.7.5.4 ve Dig. 50.13.6'da yer alan metinlerde ve Iustinianus'un Inst. 4.5pr.'de hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinin, dikkatsizlik, tecrübesizlik, bilgisizlik gibi ihmal olarak değerlendirilen hangi nedenden kaynaklı olursa olsun, bir sözleşmesel ya da haksız fiil sorumluluğu olarak değil⁷⁵⁷, haksız fiil benzeri bir sorumluluk olarak nitelendirilebileceği açık bir biçimde belirtilmektedir⁷⁵⁸.

Haksız fiil benzerlerinde, haksız fiil için aranan tüm unsurlar bulunmaz ancak haksız fiillere benzer sonuçlar doğardı⁷⁵⁹. Haksız fiil olarak kabul edilmeyen ancak haksız fiillere benzeyen zararlı sonucun ortaya çıktığı durumlarda *praetor*'lar zarara uğrayanın mağdur olmasını ve zarara katlanmasını engellemek amacıyla zararlı

İmparatorluk dönemi Hukuk mekteplerinde önemli bir rol oynamamıştır. Bu kararlar, hukuk eğitimi ve öğretiminde büyük bir öneme sahip olsa idi, Iustinianus'u derleyenler tarafından dikkate alınır ve Roma hukuku kaynaklarının en önemli ve en geniş derlemesi olan *Corpus Iuris Civilis*'e dahil edilmiş olurlardı." Plescia, **a.g.m.**, s. 67.

⁷⁵⁷ Gai. Inst. 3.88'de belirtilen Roma hukukunda borçların kaynaklarından birisi ve sözleşmelerden sonra en önemlisi haksız fiillerdir (*obligatio ex delicto*). Haksız fiillerde, bir kimseye haksız olarak bir zarar verilmesi ve bunun sonunca bir menfaat elde edilmesi söz konusudur. Haksız fiillerin gelişim süreci içerisinde ilk zamanlar kusur (*culpa*) (ki burada bahsedilen bir borç ilişkisinin ihlaline neden olan sözleşmesel kusur değil, bir kimsenin malına ya da şahsına verilmiş bir zarara neden olan sözleşme dışı kusurdur) aranmamıştır. Rado, **a.g.e.**, s. 184.

⁷⁵⁸ Hâkimin sorumluluğunun niteliği anlamında Roma ve Türk hukukları arasında farklılık söz konusudur. Türk hukukunda hâkimin hukuksal sorumluluğu haksız fiil niteliğindedir. HUMK m. 573'te yer alan sorumluluk doğuran özel hükümler, Borçlar Kanunu 41. maddesinde yer alan haksız fiile ilişkin genel hükümler birlikte uygulanır. Sadece genel hükümlere göre hâkimin sorumluluğunu kabul etmek, onun her türlü davranışından sorumlu olması tehdi ile karşılaşmasına neden olacaktır. Ancak hâkimin haksız fiil niteliğindeki sorumluluğunun kaynağı, HUMK m. 573'te belirtilen durumlara neden olan yargısal faaliyetleridir. Borçlar Kanunu 41. maddesi anlamında haksız fiilden sorumluluk için gerekli olan genel şartları taşıması halinde HUMK m. 573'te belirtilen durumları ortaya çıkaran davranışın, hâkimin sorumluluğuna yol açacağı kabul edilir. Turan Yıldırım ve Serap Helvacı, "Yargı Faaliyetinden Doğan Sorumluluk," **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan-Cilt I**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), s. 466-469; Kuru, **a.g.e.**, s. 5841; Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 248.

⁷⁵⁹ Burdick, **a.g.e.**, s. 505; Harries, **a.g.e.**, s. 161; Sohm, **a.g.e.**, s. 330.

davranışa neden olana karşı açılmak üzere, dava hakkı tanırlardı⁷⁶⁰.

Iust. Inst. 4.5. “*De Obligationibus Quae Quasi Ex Delicto Nascuntur*” yani “Haksız Fiil Benzerinden Doğan Borç İlişkileri Hakkında” başlığını taşır. Bu metinden hareketle Roma hukukunda haksız fiil benzeri olarak kabul edilen dört durum; Bir meskenden atılan ya da dökülen şeylerin yoldan geçenlere verdiği zararlar (*deiectum vel effusum*), bir meskenden sarkan şeylerin yoldan geçenlere zarar vermesi (*positum vel suspensum*), han sahipleri, gemi sahipleri ve ahır sahipleri, çalışanlarının müşterilere ait olan eşyaları çalmaları veya zarar vermeleri (*furtum vel damnum in Navi aut Caupone aut Stabulo*) ve hâkimin uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmesi (*iudex qui litem suam fecit*) idi⁷⁶¹.

Hâkimin hukuksal sorumluluğunun kaynağı hâkimin yargılama sırasındaki davranışlarıdır. Hâkimin sorumlu tutulacağı çeşitli davranışlar vardı ve bunlar birbirinden farklı nitelikte olduğu için haksız fiil benzeri olarak hâkimin sorumluluğunun hukuksal niteliğinin açıklanabilmesi kolay değildir⁷⁶².

Nitelendirme yapabilmek için öncelikle haksız fiil benzerlerinin hukuksal niteliğinin açıklanması gerekir. Haksız fiil benzerlerinin hukuksal niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir⁷⁶³ ve bu görüşler haksız fiil benzeri olayların ortak bir

⁷⁶⁰ *Praetor*’lar tarafından dava hakkı tanınan ve haksız fiil benzeri olarak nitelendirilen olaylar kısaca şunlardır; Herkesin kullandığı bir geçit yoluna, bir binadan dökülen veya atılan şeyler yüzünden bir kimsenin zarar görmesi (binada oturana karşı, *actio de deiectus vel effusis* denilen dava açılırdı), geçilmesi adet olan bir yere ya da yola düşecek şekilde bir binaya birşeyler konması veya asılması, (binaya birşeyler koymuş veya asmış kişiye karşı *actio de positis et suspensis* denilen dava açılabilirdi), gemi donatanın (*nautae*), hancının (*caupones*), ahır işletenin (*stabularios*), yanlarında çalıştırdıkları hizmetliler tarafından yolculara *damnum iniuria datum* ya da *furtum* ile zarar verilmesi (gemi donatanına, hancıya veya ahır işletene karşı *actio in factum* şeklinde dava açılırdı) ve son olarak hâkimin sorumluluğu kapsamında, hâkimin dava konusunu kendisine mal etmesidir. Erdoğan, Borçlar, **a.g.e.**, s. 135.

⁷⁶¹ Iust. Inst. 4.5.

⁷⁶² Söğütü Erişgin, **a.g.e.**, s. 38.

⁷⁶³ Bu görüşler, ihmal, başkası yerine sorumluluk, garanti sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk görüşleri olmak üzere dört başlık altında incelenebilir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., **Aynı**, s. 125-139.

niteliğin bulunup bulunmamasına göre sınıflandırılarak incelenebilir⁷⁶⁴.

Haksız fiil benzerleri arasında ortak niteliğin ihmal olduğu, hâkimin sorumluluğunun hem kasıtlı davranışına hem de ihmalkârlığına dayandığı için kabul edilemez⁷⁶⁵. Haksız fiil benzerlerinin ortak niteliğinin başkasının yerine sorumluluk yani başkasının neden olduğu sorumluluğu üzerine alma olduğu da belirtilmektedir⁷⁶⁶. Bu görüşü savunanlar *litem suam facere*'yi, “uyuşmazlık konusunu kendisine mal eden hâkimin, vermiş olduğu haksız karardan faydalanan tarafın yerine geçerek bu tarafın taşınması gereken sorumluluğu üzerine alması” olarak açıklamaktadır⁷⁶⁷. Ancak, *litem suam facere* kapsamında değerlendiren davranışların her biri hâkim tarafından gerçekleştirilen davranışlardır ve hâkim kendi davranışının sonucuna katlanmaktadır. Bu nedenle hâkimin başkasının yerine sorumlu olmasını kabul etmek mantıklı görünmemektedir⁷⁶⁸.

Roma hukukçularının büyük bir bölümü haksız fiil benzerlerinin hepsinde ortak olan niteliğin kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırılmaları olduğunu kabul etmektedir⁷⁶⁹. Buna göre, haksız fiil benzeri sorumluluk türü altında, neden-sonuç ilişkisinin kaynağı olmak sorumluluk için yeterli görülürdü. Kusur, sorumluluk için aranan zorunlu unsurlardan biri olmayıp, sadece sorumluluğun ağırlaştırılmasında etkiliydi. Haksız fiil benzerlerinde kusursuz sorumluluk ilkesi, sahip olunan bir yapı, işletme veya görev gereği zarar verme tehlikesi bulunanların ortaya çıkacak zarardan menfaat elde etmeleri mümkünse, kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın zarardan sorumlu olmalarının gerektiği düşüncesine dayanır⁷⁷⁰. Hâkimin hukuksal sorumluluğu bakımından bu ilke, kasıt veya ihmal sonucu olup olmadığına bakılmaksızın görevlerine aykırı bir davranış neticesinde taraflardan birini zarara uğratmış olan hâkimin, sırf bu

⁷⁶⁴ Aynı, s. 121.

⁷⁶⁵ Peter Stein, “The Nature of Quasi-Delictal Obligations in Roman Law,” *RIDA*, Vol. 5, No. 3: 563-570, (1958), s. 565.

⁷⁶⁶ Leage, *a.g.e.*, s. 380.

⁷⁶⁷ Leage, *a.g.e.*, s. 380; Buckland, *a.g.e.*, s. 599.

⁷⁶⁸ Pugsley, *a.g.m.*, 352.

⁷⁶⁹ Zimmerman, *a.g.e.*, s. 17; Stein, *a.g.m.*, s. 567; Pugsley, *a.g.m.*, s. 351; Plescia, *a.g.m.*, s. 65.

⁷⁷⁰ Söğütlü Erişgin, *a.g.e.*, s. 136, dn.83.

davranışı gerçekleştirmiş olması ile sorumlu tutulması şeklinde açıklanabilir⁷⁷¹. Hâkim, taraflar karşısında üstün konumdadır. Yargılamadaki üstün konumu sayesinde verdiği hüküm kesin olduğundan ve buna karşı itiraz edilemediğinden menfaat elde eder ve dolayısıyla bu menfaatin karşılığı olarak neden olduğu zarara katlanmak zorundadır⁷⁷².

Bu görüşe karşı, Iustinianus döneminde haksız fiil benzerlerinin kusursuz sorumluluk şeklini aldığının mutlak bir biçimde düşünülemeyeceği ileri sürülmektedir. Haksız fiil benzerlerinin kusursuz sorumluluk niteliğine sahip olduğu şeklinde bir genelleme, hâkimin sorumluluğunu açıklamakta yetersizdir. Zira hâkime karşı açılan davada hâkimin herhangi bir derecede kusurunun ispat edilmesi gerekirdi⁷⁷³. Kaldı ki aralarında ortak unsur bulunmayan ve birbirine benzer nitelikte olmayan olayların bir grup olarak kabul edilip, ortak bir sorumluluk ilkesinin bu olaylar için belirlenmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı da belirtilmektedir⁷⁷⁴.

Haksız fiil benzerlerinin hukuksal niteliğinin “kusursuz sorumluluk” ilkesi ile açıklanması, diğer görüşlerle karşılaştırıldığında daha makul ve mantıklı görünmektedir. Kanımızca, farklı bir açıdan, hâkimin hukuksal sorumluluğunun tarihsel gelişim süreci içerisinde geçirmiş olduğu değişikliklerden hareketle, kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerliliği tartışılabilir. İmparatorluk dönemine gelinceye kadar hâkimin sorumluluğuna yol açan olayların kapsamının genişlemiş olmasına rağmen, hâkimin sorumluluğunun yaptırımı hafifletilmiştir. Zira ilk zamanlar rüşvet gibi kasıtlı davranışın yaptırımı olarak ölüm cezasının verilmesi öngörülürken, daha sonra rüşvetle sınırlı olan sorumluluğa, taraf tutma veya husumet besleme gibi davranışlar ilave edilmiştir. Hâkimin sorumluluğunun son gelişim aşamasında ise hâkimin kasıtlı davranışlarının yanı sıra, ihmal sonucunda vermiş olduğu haksız ve yanlış kararlardan da sorumluluğu kabul edilmiş ve böylelikle sorumluluğun kapsamı genişletilmiştir. Kapsamı bu şekilde genişleyen hâkimin sorumluluğunun yaptırımı ise hakkaniyete uygun bir para cezasının

⁷⁷¹ Plescia, **a.g.m.**, s. 65.

⁷⁷² Stein, **a.g.m.**, s. 567.

⁷⁷³ Tahiroğlu, Borçlar, **a.g.e.**, s. 315.

⁷⁷⁴ Haksız fiil benzeri olarak gruplandırılan fiiller için, dikkatsizlik veya bilgisizliğin ya da kendisinin olmayan kusurdan sorumluluğun veyahut *culpa in eligendo* denilen müstahdemin seçilmesinde işlenmiş kusurun var olması gerekli ve yeterli idi. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 483.

verilmesi şeklinde hafifletilmiştir⁷⁷⁵. Zira bir taraftan sorumluluğun kapsamının genişlemesi ve buna paralel olarak sorumluluğun ağır bir yaptırım gerektirmesi, hâkimleri davanın taraflarına karşı savunmasız duruma düşürecek ve baskı altında yargılamayı yapacaklardır. Davanın görülmesi sırasında, sorumluluğun ağır sonuçlarını sürekli olarak düşünen, korku ve endişe içinde bir yargılama yapan hâkimin, doğrudan uyuşmazlık konusu olaya odaklanması ve sağlıklı bir yargılama yapması düşünülemezdi. O halde hâkimin sorumluluğunun kapsamının genişlemesi, uygulanacak yaptırımın ağır olmasını gerektirmemelidir. Nitekim Romalıların, bu dengeyi sağlamak için sorumluluğun yaptırımını hafifletmiş oldukları düşünülebilir⁷⁷⁶. Sorumluluğun kapsamının genişlemesinin en son aşaması ise, kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerlilik taşıması olacaktır. Bu nedenle Iustinianus döneminde, diğer haksız fiil benzerlerinde olduğu gibi hâkimin hukuksal sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak nitelendirildiğini kabul etmek aynı zamanda bu gelişim sürecinin tamamlanması olarak kabul edilmelidir.

Hâkimin sorumluluğun hukukî niteliğinin neden bir haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmediği sorusu akla gelebilir. Bu sorunun cevabını *ius civile*'nin kabul ettiği hemen hemen tüm haksız fiil türlerinde⁷⁷⁷ kastın varlığının mutlaka aranan bir koşul olması ile açıklanabilir. Hâkimin hukuksal sorumluluğunda ise kasıt mutlaka bulunması gereken bir koşul olmadığından haksız fiil benzeri olarak kabul edilmesinin

⁷⁷⁵ Ulpianus, Dig. 5.1.15pr.'de "*Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.*" şeklinde belirtmektedir. Buna göre bir aile evladının, *iudex* olduğu durumlarda, aile evladına karşı açılan hâkimin uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmesine ilişkin davada sorumluluğunun, kararı verdiği sırada kendisine aile babasına tanınmış olan *peculium* miktarı ile sınırlı olacağı düşünülmektedir. Yani böyle bir durumda aynı zamanda aile evladı olan hâkimin sorumluluğunun sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

⁷⁷⁶ Bu dengeyi sağlayan bir başka düzenleme ise, Son İmparatorluk döneminde kabul edilen kanun yoluna başvuru olmuştur.

⁷⁷⁷ *Ius civile*'nin tanıdığı haksız fiiller hırsızlık (*furtum*), gasp (*rapina*), mala verilen zararlar (*damnum iniuria datum*) ve şahsa verilen zararlar (*iniuria*) olarak dört tanedir. *Ius civile*'nin tanıdığı haksız fiillerin sayıları belli ve sınırlı iken, *praetor*'lar tarafından hile (*dolus*), tehdit (*metus*) ve alacaklılara karşı hileli hareketler (*fraus creditorum*) gibi diğer haksız fiillerin kabul edilmesi ile Roma hukukunda haksız fiillerin sayısı artmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Watson, Obligations, **a.g.e.**,s. 257 vd.

doğru bir çözüm olduğu anlaşılmaktadır⁷⁷⁸. Buna karşılık olarak, M.Ö. 287 tarihli *Lex Aquilia*⁷⁷⁹ ile doktorun ihmal sebebiyle haksız fiilden sorumlu tutulacağı belirtildiği için⁷⁸⁰, hâkimin de ihmali nedeniyle haksız fiilden sorumlu tutulmasının gerektiği ileri sürülecektir⁷⁸¹. Ancak *Lex Aquilia*'nın kapsamı, malvarlığına ve fiziksel bütünlüğe yönelik zararlar bakımından sınırlandırılmıştı. Ayrıca bu zararların “*corpore corpori datum*” yani fiili yapanın temas, dokunma gibi bir hareketinin olması ile meydana gelmesi aranırdı⁷⁸². Hâkimin vermiş olduğu haksız karar neticesinde ortaya çıkan zararlar bakımından bu şartın gerçekleşmesi mümkün olamayacağından, *Lex Aquilia*'da yer alan doktorun ihmalden sorumluluğunun kabul edilmesinin, hâkimin sorumluluğunun haksız fiile dayandırılması için doğru bir örnek olduğu düşünülemez⁷⁸³. Ayrıca Roma'nın toplumsal yapısı içinde doktorluk daha çok köle veya azatlılarca yerine getirilen aşağı hizmetlerden biri olarak kabul edilirdi. Hâkimlik ise toplumun üst tabakasından olan seçkin kişilerce yerine getirilebilen onursal bir görevdi. Dolayısıyla *Lex Aquilia* ile doktorlar için en hafif ihmal sonucunda dahi sorumluluk kabul edilmişken, hâkimler için aynı durumun geçerli olması düşünülemezdi⁷⁸⁴.

Sonuç olarak, *litem suam facere*'ye yol açan ve kasıt aranmaksızın sadece

⁷⁷⁸ Söğütü Erişgin, **a.g.e.**, s. 59, dn. 88.

⁷⁷⁹ M.Ö. 287 tarihli *Lex Aquilia* ile Romalılar, haksız fiillerde kusuru yani kasıt (*dolus*) ve ihmali (*culpa*) düzenlemişlerdir. Bu kanun kapsamında sorumluluk için ihmal, ağır ihmal (*culpa lata*) veya hafif ihmal (*culpa levis*) şeklinde derecelendirilmezdi ve sorumluluk için tek başına ihmal (en hafifi dahi) yeterli idi. Dig. 9.2.44pr.'de Ulpianus, “*In lege aquilia et levissima culpa venit.*” Yani “*Lex Aquilia* kapsamında ihmalin en hafifi dahi dikkate alınır.” şeklinde belirtmiştir. Burdick, **a.g.e.**, s. 498-499; Watson, *Obligations*, **a.g.e.**, s. 236-240.

⁷⁸⁰ Dig. 9.2.8.'de Gaius'a ait olan metinde doktorun *Lex Aquilia* kapsamında ihmalden sorumlu olduğu açık bir biçimde belirtilmektedir. “*Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur.*” Yani “Aynı kural, doğru şekilde muayene etmiş olsa bile ilaç dışında başkaca tedavi yöntemlerini uygulamayan fakat yanlış ilaç kullanımına sebebiyet veren doktorun sorumsuz olmaması ve ihmalinin dikkate alınarak sorumlu olması için uygulanacaktır.”

⁷⁸¹ Alan Watson, **Roman Law and Comparative Law** (Athens: University of Georgia Press, 1991), s. 212.

⁷⁸² Declareuil, **a.g.e.**, s. 200; Muirhead, **a.g.e.**, s. 180; Nicholas, **a.g.e.**, s. 221.

⁷⁸³ Robinson, **a.g.m.**, s. 195.

⁷⁸⁴ Aynı, s. 196.

dikkatsizlik sonucu oluşan olaylar vardır. Bunlar dikkate alınarak, sorumluluğun niteliğinin ortaya konulması ve bir haksız fiil olarak nitelendirilmemesi gerekir. *Litem suam facere* kapsamında yer alan tüm davranışların, bir haksız fiil benzeri olarak kabul edilmesi mantıklı ve anlamlıdır⁷⁸⁵.

3. SİSTEM DIŞI YARGILAMADA HÂKİMİN SORUMLULUĞU

3.1. Cumhuriyet Dönemi Sonrasında Yapılan Düzenlemeler

Cumhuriyet döneminde yargılamaya ilişkin olan yukarıdaki kanunlar⁷⁸⁶, İmparatorluk döneminde de etkilerini sürdürmüştür. M.Ö. 59 tarihli *Lex Julia de Repetundis* sonrasında bazı *senatus consultum*'larda⁷⁸⁷ ve Romalı hukukçuların yorumlarında (*interpretatio iurisprudentiam*) hâkimin sorumluluğunun düzenlendiği görülmektedir⁷⁸⁸. Bu düzenlemelerle birlikte Cumhuriyet dönemi kanunlarının kapsamı da genişletilmiştir. Kasıtlı olarak haksız bir mahkûmiyet kararı verenler ve rüşvet başta olmak üzere çeşitli yollarla bu kararın verilmesini sağlayanlar, yalancı tanıklık yapanlar, mahkemeye sahte delil ve belgeler sunanlar, Cumhuriyet dönemi sonrasında da cezalandırılırdı⁷⁸⁹.

Sistem dışı yargılamada (*cognitio extra ordinem*) hâkimler, imparatora bağlı, aralarında astlık-üstlük ilişkisi bulunan devlet memurları olarak hem üstlerine hem de imparatora karşı her zaman sorumlu kişilerdi⁷⁹⁰. Sistem dışı yargılamada hâkimlik resmi bir sıfatla devlet adına yerine getirilen bir görev olarak kabul edildiğinden Roma devleti ile hâkim arasında bir vekâlet ilişkisinin varlığından söz edilirdi. Bu vekâlet ilişkisi dolayısı ile hâkimin sorumluluğu, kanun yoluna giden tarafın dava masrafları ile hatalı

⁷⁸⁵ McCormick, **a.g.m.**, s. 159-160.

⁷⁸⁶ Bkz. Yuk., Bölüm 2, 2.2.

⁷⁸⁷ Bu çeşit senato kararlarına örnek olarak *Senatus Consultum Geminianum*, *Senatus Consultum Libonianum*, *Senatus Consultum Licinianum*'u gösterebiliriz. Plescia, **a.g.m.**, s. 61. Daha ayrıntılı bir eser için bkz, Türkan Rado, **Pricipatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla Islahı** (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1953), s. 1-150.

⁷⁸⁸ McCormack, **a.g.m.**, s. 9; Plescia, **a.g.m.**, s. 61.

⁷⁸⁹ Plescia, **a.g.m.**, s. 62.

⁷⁹⁰ Schulz, Legal Science, **a.g.e.**, s. 102 vd.

veya yanlış karar nedeniyle ortaya çıkan gecikmeden uğranılan zararlar sınırlandırılmıştır. Devletin vekâlet veren olarak sorumluluğu ise bulunmamaktadır. Zira Roma devletinin dava edilemeyeceği yerleşik bir kuraldı⁷⁹¹.

M.S. 380 yılından sonra hâkimlerin davanın taraflarına karşı kişisel sorumlulukları değil, ihmalkârlık, tembellik, görevi savsaklama gibi davranışlarından dolayı imparatora karşı sorumlulukları kabul edilmiştir. Artık hâkim, bu tarz davranışlarla davayı kötü bir biçimde yönetmiş sayılacak ve bir miktar para cezasını, zarar gören tarafa değil devlet hazinesine ödeyecektir⁷⁹². Kısacası artık hâkim devlete karşı sorumluydu⁷⁹³.

Ayrıca bu dönemde oldukça önem taşıyan ve uyulması zorunlu olan imparator emirnamelerini bildikleri halde, bu emirnamelere aykırı davranan ve bilmezlikten gelen hâkimler de cezalandırılırdı⁷⁹⁴. Marcianus’a ait aşağıdaki metin açık bir biçimde bunu ifade etmektedir⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ Cüneyt Ozansoy, **Tarihsel ve Kurumsal Açidan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu** (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1989), s. 41.

⁷⁹² Harries, **a.g.e.**, s. 162.

⁷⁹³ “Türk Hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HMKT) hâkimin hukukî sorumluluğuna ilişkin düzenlemeyi “Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Hukukî Sorumluluğu” başlığını verdiği üçüncü bölümde incelemiştir. Hâkimlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen HMKT ile HMUK arasındaki en önemli fark, HMKT’ nın getirdiği yeni düzenlemeye göre, hâkimlerin sorumluluklarından ötürü açılacak olan tazminat davalarının devlet aleyhine açılmasıdır (HMKT m. 52). Hâkimlerin hukukî sorumluluğunda, açılacak olan tazminat davalarında, hâkimlerin bizzat davalı olmaları ve tazminatla yükümlü tutulmaları gerek hâkimlerin mesleki güvencesi gerekse yüksek tazminat miktarlarının ödenmesi açısından sakıncalı idi. HMKT bu sakıncayı giderici bir yol izlemiştir. Ancak, HMUK’ da yer alan sakınca giderilirken, yeni bir sakınca yaratılmıştır. Zira ödeme devlet tarafından yerine getirildikten sonra, kamu personelinin görevinden kaynaklanan karar ve eylemlerinden ötürü açılan tazminat davalarında olduğu gibi “rücu” aşaması gelmektedir ve bu karar yönetim organı tarafından kullanılacaktır. İşte bu aşamada, hâkimlerin, yargı erkini kullanan kişiler olduğu dikkate alınmalı ve gerek ödemenin gerekse rücu davasının kararı, hâkimlerden oluşan bir fon yönetimine bırakılmalıdır. Böylece, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hâkimin bağımsızlığı ilkesi korunmuş olacaktır.” (Naklen) Bkz. <<http://www.inisiyatif.net/document/42.asp>> (Erişim Tarihi: 10.08.2009)

⁷⁹⁴ Crook, **a.g.e.**, s. 20; MacCormack, **a.g.m.**, s. 14.

⁷⁹⁵ Ayrıca bkz., Paulus, Sent. 5. 25.4.

Dig. 48.10.1.3

Marcianus 14 inst.

“*Sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur.*”

Dig. 48.10.1.3

Marcianus 14 inst.

“Bir hâkim, imparator emirnamelerinin gereğini yerine getirmediği takdirde cezalandırılacaktır.”

M.S. 383 yılında çıkarılan aşağıdaki emirnamede, hâkimlerin taraflardan herhangi bir edinimlerinin olamayacağı ve uyuşmazlıktan menfaat elde eden hâkimlerin, kanunlar çerçevesinde cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Iust. Cod. 9.27.3.

“*Omnes cognitores et iudices a pecuniis atque patrimoniis manus abstineant neque alienum iurgium putent suam praedam. etenim privatarum quoque litium cognitor idemque mercator statutam legibus cogetur subire iacturam*”

Iust. Cod. 9.27.3.

“Tüm *magistra* ve hâkimlere, taraflara ait olan para veya mallara el sürmemeleri ve kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kendileri için bir kazanç kaynağı olduğunu düşünmemeleri burada belirtilmektedir. Özel hukuk davalarını bu şekilde algılayan hâkimler ve hâkime kazanç sağlayanlar, kanunlarla belirlenmiş olan cezalarla sorumlu tutulurlar.

İmparatorluk döneminde rüşvete ilişkin olan en temel düzenleme *crimen concussionis* idi. “Kamu görevlilerinin kişilerden tehdit yoluyla para almaları” suçu olarak ifade edilebilen⁷⁹⁶ *crimen concussionis* ile ilgili bilgileri Macer, aşağıdaki

⁷⁹⁶ Stephen, **a.g.e.**, s. 26.

cümleleri ile vermektedir⁷⁹⁷.

Dig. 47.13.2

Macer 1 publ. iudic.

“*Concussionis iudicium publicum non est: sed si ideo pecuniam quis accepit, quod crimen minatus sit, potest iudicium publicum esse ex senatus consultis, quibus poena legis corneliae teneri iubentur, qui in accusationem innocentium coierint quive ob accusandum vel non accusandum, denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperit.*”

Dig. 47.13.2

Macer 1 publ. iudic.

“*Concussionis* suçunun yargılaması kamusal nitelikte değildir. Ancak bir kimse, diğer bir kimseden suç isnadında bulunacağı tehdidi ile para alırsa, *Cornelia* kanunu ile belirlenen masum bir kimsenin mahkûmiyetinin sağlanması veya bir kimse hakkında mahkûmiyet kararı verilmemesi, tanıklık yapılması ya da yapılmaması için rüşvet alanların cezai sorumluluğuna uygun olan senato kararları kapsamında *concussionis* suçunun yargılaması kamusal niteliğe sahip kılınabilir.”

Bu düzenleme, görevleri ile ilgili olsun ya da olmasın, kamu görevlilerinin kişilerden tehdit yoluyla para almalarını engellenmek için getirilmiştir⁷⁹⁸. Böyle bir suç

⁷⁹⁷ Iust. Cod. 12.61’ de “*concussionibus officiorum*” başlığı altında bu suç belirtilmektedir.

⁷⁹⁸ “*Lex Julia de repetundis* ile ortaya çıkan *crimen repetundarum*, kamu görevlilerinin yaptıkları işlerle ilgili her türlü haksız kazançlarını kapsayan bir suçtu. Zamanla bu suçun failleri arasına kamu hizmeti gördükleri düşüncesi ile davalarda şahitlik edenler de dahil edilmiştir. *Crimen concussionis* ise İmparatorluk döneminde, *crimen repetundarum*’un yerini almış ve bu suçun yaptırımlarından biri olan ölüm cezası, *humiliores* sınıfından olanlara dahi uygulanmaya başlamıştır. Bu suça ağır yaptırımlar uygulanması, kamu görevlilerinin, devletin ve çok defa *princeps*’in menfaatlerini korumayarak kendilerine sağlanan ayrıcalıklı durumu kötüye kullanmalarından kaynaklanırdı.” Ayiter, **a.g.m.**, s. 363.

işlemiş olan *humilior* sınıfından ise ölümle, *honestior* sınıfından ise sürgün ve mallarına el konulma ile cezalandırılırdı⁷⁹⁹.

Ayrıca, rüşvet suçundan yargılanan ve suçlu bulunan hâkimler, *infamis* yani şerefsiz olarak kabul edilirlerdir. *Infamia*'ya maruz kalmanın sonucu olarak da, bu kimselerin artık *magistra*'lık görevine ya da *senatus* üyeliğine getirilmeleri, davada tanık olarak dinlenmeleri, davada bir başkasını temsil etmeleri ya da davalarda hâkim olmaları yasaklanırdı⁸⁰⁰.

3.2. Hâkimin *Infamis* (Şerefsiz) Sayılmasına Neden Olan Davranışları

Infamia, “kişilerin mahkûm edildikleri çeşitli davalar ya da sürdürdükleri belirli hayat biçimleri yüzünden devletin yetkili organları tarafından yapılan bir çeşit kınamadır”. Böyle bir kınamaya maruz kalanlar *infamis* yani şerefsiz olarak kabul edilirdi ve toplum tarafından bu kişilere karşı olumsuz bir genel önyargı oluşurdu⁸⁰¹.

Infamis sayılmanın, kamu hizmetlerinden yoksun bırakılmak, tanıklık yapamamak, mahkemede bir kimseyi temsil edememek gibi hem kamu hukuku alanında hem de özel hukuk alanında sonuçları vardı⁸⁰². Daha çok Roma ceza hukuku alanında etkileri görülen *infamia*, sistem dışı yargılamanın kabulü ile birlikte, özellikle Son İmparatorluk döneminde, yargılamayı yapan hâkimlere de uygulanmaya başlamıştır⁸⁰³. Bir hâkimin *infamis* olarak kabul edilmesine yol açan olayların Iustinianus'un Codex'inde belirtildiği görülmektedir.

Iust. Cod. 7.62.15:

“Ne causas, quae in nostram venerint scientiam, rursus transferri ad iudicia necesse sit, instructiones necessarias plene actis inseri praecipimus. nam cogimur a proferenda sententia temperare, quoniam

⁷⁹⁹ Plescia, **a.g.m.**, s. 62.

⁸⁰⁰ Türkoğlu Özdemir, *Infamia*, **a.g.e.**, s. 81.

⁸⁰¹ Türkoğlu Özdemir, *Infamia*, **a.g.e.**, s. 17-18.; Crook, **a.g.e.**, s. 83-85; McGinn, **a.g.e.**, s. 52.

⁸⁰² McGinn, **a.g.e.**, s. 51-52.

⁸⁰³ Türkoğlu Özdemir, *Infamia*, **a.g.e.**, s. 202.

verendum est, ne lis incognito negotio dirimatur, adempta copia conquerendi. quare perennibus inuretur iudex notis, si cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverint, indita actis vel subiecta non potuerint inveniri.”

Iust. Cod. 7.62.15:

“İtiraz üzerine önümüze getirilen davaların ilk derece mahkemesine tekrar gönderilmemesini sağlamak için, gerekli tüm evrakların dosyaya eklenmesini emrederiz. Bu talimatların gereği yapılmalıdır. Zira eksik evraklar bulunuyorsa, bir davanın daha ayrıntılı bir biçimde incelenme fırsatı yok olur. Bu nedenle, uyuşmazlıkla ilgili dava sırasında taraflarca ileri sürülen tüm iddia ve deliller dosyaya eklenmemişse, hâkim kalıcı bir biçimde *infamia*’ya maruz kalır.”

Yukarıda yer alan ve M.S. 319 yılında gönderilen emirname, İmparator Constantinus’a aittir. Sistem dışı yargılamada kanun yoluna (*appellatio*) başvurulduğu takdirde, dava ile ilgili istenen bilgi ve belgeler, ilk derece mahkemesi aracılığıyla davayı yeniden inceleyecek olan üst derece yargı organına gönderilirdi. Kanun yoluna başvuru üzerine davanın yeniden incelenmesi, taraflar açısından büyük öneme sahiptir. Bu nedenle itiraz üzerine yapılacak olan incelemenin tam olarak yapılmasının sağlanması ve bunun için gerekli olan tüm bilgi, belge ve delillerin ilk derece mahkemesi tarafından gönderilmiş olması gerekirdi. Eksik evrak gönderen ilk derece hâkimi, itiraz incelemesinin gecikmesine ya da gereği gibi yapılmamasına yol açacaktır. İmparator Constantinus’un bunu önlemek için vermiş olduğu bu emre uymayan hâkime uygulanacak olan yaptırımın, *infamis* sayılması olduğu açıkça belirtilmiştir⁸⁰⁴.

Iust. Cod. 9.4.1.5:

“Non enim existimationis tantum, sed etiam periculi metus iudici imminebit, si aliquem ultra debitum tempus inedia aut quocumque modo aliquis stratorum exhausterit, et non statim eum penes quem officium

⁸⁰⁴ Türkoğlu Özdemir, *Infamia*, a.g.e., s. 202-203.

custodiae est atque eius ministros capitali poena subiecerit.”

Iust. Cod. 9.4.1.5:

“Aşağıda yer alan kural, tutuklananları dar zindanlara kapatarak ya da mahkeme önüne çıkarılmalarını geciktirerek veyahut hastalanmalarını sağlayarak zalimce davranışlarda bulunan ve hukuka aykırı davranan gardiyan veya yardımcılara uygulanır. Bu şekilde, ihmal veya herhangi başka bir nedenden ötürü, bir kimsenin olması gerekenden daha uzun süre hapisanede kalmasına veya açlıktan ölmesine neden olan gardiyan ve yardımcılarını ölüm cezasına mahkûm etmeyen hâkim, yalnızca kötü şöhretle (*infamia*) lekelenmez, aynı zamanda kendisini ciddi bir tehlikeye sokar.”

M.S. 320 yılında çıkarılan ve yine İmparator Constantinus’a ait olan yukarıda yer alan emirname, suçluluğu henüz kesinleşmeden tutuklu olarak hapisanede bulunanlara karşı yapılan kötü muamelelere müdahale etmeyen hâkimlerin *infamia*’ya maruz kalmalarını öngörür. Aynı emirnamenin ilk cümlesinde, tutukluların bedensel ve manevi bütünlüğünü ihlal eden davranışlarda bulunanlara ağır yaptırımlar uygulanması düzenlenmiştir. Bu davranışların önlenmesi için tutuklanan bir kimsenin bir an önce mahkeme huzurunda yargılanması ve suçlu ise hapse atılması, suçsuz olduğu takdirde hemen serbest bırakılması emredilmiştir⁸⁰⁵. Bu emirname, Roma hukukunun bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerini koruyan ilk düzenlemelerinden biri olmuştur⁸⁰⁶. Emirnamede belirtildiği gibi, tutuklulara kötü davranan gardiyan veya yardımcılarını cezalandırmayan hâkimler, bu tür davranışları görmezden geldikleri için onlara karşı da yaptırım uygulanmalıydı.

Hâkimin *infamis* olarak kabul edileceğini belirten M.S. 381 tarihli aşağıdaki emirname, kamusal alanda görev yapan *principalis*, *decuriones* ve *curia*’daki⁸⁰⁷

⁸⁰⁵ Iust. Cod. 9.4.1.1

⁸⁰⁶ Türkoğlu Özdemir, *Infamia*, **a.g.e.**, s. 203-204.

⁸⁰⁷ *Curia*, toplanma yeridir. Krallık döneminde Forum Romanum olarak adlandırılan meydana yapılmış bir binanın ismidir. Sezar zamanında bu binanın yenisi yapılmıştır. Senato bu binada toplanırdı. Lee, **a.g.e.**, s. 2; Atlan, **a.g.e.**, s. 173.

senatör’e karşı hâkimin keyfi olarak cezai yaptırım uygulamasını önlemek için çıkarılmıştır⁸⁰⁸.

Iust. Cod. 10.32.33:

“*Omnes iudices provinciarumque rectores a consuetudine temerariae usurpationis abstineant sciantque neminem omnino principium aut decurionum sub qualibet culpe aut erroris offensa cruciatibus esse subdendum. Quod si quis forte iudicium in hac pertinaciam illiciti furoris eruperit, quod audeat principalem ac decurionem et suae, si sic dici oportet, curiae senatorem tormentis subdere, viginti librarum auri illatione multatus et perpetua infamia inustus nec speciali quidem rescripto notam eluere mereatur: et officium quinquaginta librarum auri multam fisco nostro cogetur inferre, quoniam, ut pertinaciae iudicis sui resistat, liberam eidem contradicendi permittimus facultatem.*”

Iust. Cod. 10.32.33:

“Tüm hâkim ve eyalet yöneticileri, kamusal alanda görevli *principales* ile *decuriones*’i, herhangi bir ihmal ya da hata sonucunda bile olsa, fiziksel bütünlüklerine yönelik cezalara maruz bırakamayacaklarını unutmamalıdır. Bu nedenle, bir hâkim kızgın bir anında yüksek tabakadan birine, *principalis*, *decuriones* veya *curia*’daki senatöre işkence yapılmasına izin vermeye cesaret etmişse, yirmi altın ödemeye mahkûm edilir ve ayrıca özel bir İmparator *rescriptum*’u ile geri alınması mümkün olmayan kalıcı bir şerefsizliğe maruz kalır. Kendisine her türlü yetkiyi sağladığımız hâkimin hukuka aykırı olan bu emrini yerine getirmek için karşı koymayan mahkeme çalışanları da hazineye elli altın ödemeye mahkûm edilirler.”

⁸⁰⁸ Askeri teşkilat içinde, teknisyen, müzisyen gibi alt seviye bir hizmetin başında olanlar *principales* olarak ifade edilmektedir. *Decuriones* ise, *comitia curiata* isimli halk meclislerinin idare, seçim, din, askerlik gibi işleri yerine getiren ünitelerinde görevli olan kişilerdir. *Curia*’daki senatör’ler ile kastedilen *curia* denilen binada toplanan senato üyesi kişilerdir. Umur, Lügat, a.g.e., s. 53, 55 ve 169.

Hâkimin bazı diğer kamu görevlileri hakkında alamayacağı kararlar vardır. Bu kararlardan biri aşağıda yer alan M.S. 386 tarihli emirnamede belirtilmiş olup, aksine bir karar veren hâkimin şerefsizlikle lekeleneyeceği ifade edilmektedir.

Iust. Cod. 1.41.8:

“Ne quis iudicum in provincia sua praefectianum vel palatinum vel militem vel ex his etiam omnibus, qui antea in huiusmodi officiis fuerunt commorati, intercessorem (id est exsecutorem) cuiusquam litigatoris petitione in quolibet seu privato seu publico negotio putet esse tribuendum. nam peccantem circa consulta caelestia cum suo officio non solum detrimentum famae, sed etiam patrimoniorum damna comitentur.”

Iust. Cod. 1.41.8:

“Hiçbir hâkim, belli bir bölgede görevli olan *praefectus*’u ve *palatinus*’u ve sarayda görev yapan askeri ya da bu görevlerden birisini daha önce yapmış olan kişiyi, özel ya da kamu hukuku davasında, taraflardan birini *intercessor* veya *exsecutor* olarak temsil etmek üzere atayamaz. Bizim otoritemize aykırı davranarak böyle bir atama yapan hâkim, şerefsiz sayılacak ve aynı zamanda malvarlığının bir kısmına el konulacaktır⁸⁰⁹.”

Son olarak M.S. 390 yılında çıkarılan emirname ile hâkimin *infamis* olarak kabul edilmesine yol açan bir diğer durumun belirtildiği görülmektedir.

Iust. Cod. 9.12.8.3:

“Iudicem vero nosse oportet, quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen apud se probatum distulerit omiserit vel impunitate donaverit aut molliorem quam praestituimus poenam protulerit.”

⁸⁰⁹ Belli bir bölge veya eyaletin başında bulunan en yüksek memur (vali) *praefectus*, sarayda görevli olan askeri ya da sivil memurlar *palatinus* olarak adlandırılırdı. Başkasına ait borcu üzerine alan kişi *intercessor*, davalıyı mahkeme huzuruna çağıran *exsecutor*’dur. Umur, Lügat, **a.g.e.**, s.. 70, 90, 151 ve 165.

Iust. Cod. 9.12.8.3:

“Hâkim, önüne getirilen bir ceza davasında, ceza kararını vermeyi geciktirirse, ya da suçlamaları dinlemez veya suçluya bir ceza vermezse veyahut olması gereken cezadan daha hafif bir ceza verirse, şerefsizliğe maruz kalacağını unutmamalıdır.”

3.3. Hâkimin Tarafsızlığını Sağlamak İçin Getirilen Düzenlemeler

3.3.1. Hâkimin Reddi

Sistem dışı yargılamanın bir diğer önemli özelliği, bu yargılama sisteminde hâkimin reddinin kabul edilmesidir. Bu dönemde hâkimin reddi, özel yargılama sisteminde tarafların *relectio* olarak adlandırılan ve hâkimin seçilmesi sırasında bir tarafın önerdiği hâkimin diğer tarafça kabul edilmemesi ile aynı anlamı taşımamaktadır. Sistem dışı yargılamada hâkimin hukuksal anlamda reddi, tarafsızlığından şüphe duyulan ve bu nedenle *iudex suspectus* olarak adlandırılan hâkimin, davayı görmemesinin taraflarca talep edilmesidir⁸¹⁰.

İlk imparatorluk döneminde hâkimin reddi konusunda sahip olunan bilgiler İmparator Constantinus'un bir emirnamesinde yer almaktadır.

Iust. Cod. 3.13.4:

“*Nemo post litem contestatam ordinariae sedis declinet examen, nec prius praefecti praetorio aut comitis orientis vel alterius spectabilis iudicis imploret auxilium, sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat.*”

Iust. Cod. 3.13.4:

“Hiç kimse *litis contestatio*'dan sonra, *iudex ordinarius* 'un⁸¹¹

⁸¹⁰ Söğütlü Erişgin, **a.g.m.**, s. 104.

⁸¹¹“Eyalet valileri hâkim sıfatı ile baktıkları davalarda *iudex ordinarius* olarak adlandırılırdı.” Berger, **a.g.e.**, s. 518.

yargılamasını reddedemez, aynı şekilde kararın verilmesinden önce hiç kimse *praefectus praetorio*'a ya da *comitis orientis*'e⁸¹² veyahut atanmış başka bir özel hâkime itirazda bulunamaz, sadece hukuka uygun bir *appellatio* başvurusu ile yüksek otorite önünde bu itirazda bulunulur.”

Buradan, İlk İmparatorluk döneminde davanın tespiti sonrasında ve kararın verilmesinden önce hâkimin reddinin talep edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak *appellatio* başvurusunda, kararı veren hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulduğu için, davaya bakamayacağı itirazı ile reddi talep edilebilirdi. Bu nedenle İlk imparatorluk döneminde hukuksal anlamda hâkimin reddi kabul edilmemiştir⁸¹³.

Roma hukukunda hâkimin reddi (*recusatio*), sistem dışı yargılamanın geçerli olduğu Iustinianus döneminden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Ancak, aynı zamanda üst derece yargı organları olan imparator, *praefectus praetorio*, merkez ve eyalet valililerinin reddi talep edilemezdi⁸¹⁴. Hâkimin reddi talebi için gerekli olan başlıca şartlar, talep edenin haklı nedeninin bulunması ve haklı nedenin ispat edilmesidir. Hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasına neden olan davranışının ispatı sonrasında en üst yargı organı tarafından yani imparator tarafından yeni hâkim ataması ya da reddi istenen hâkimin yanında görev yapacak olan ikinci bir hâkim ataması yapıldı. Yazılı olarak ve yalnızca bir kez yapılabilecek olan hâkimin reddi başvurusu, her iki taraf için de kabul edilmiştir. Daha sonraki dönemlerde, yeni hâkimin imparator tarafından değil davalı tarafından seçilmesi gibi, davalının menfaatine olan düzenlemeler getirilmiştir⁸¹⁵.

3.3.2. Kanun Yoluna Başvurunun Kabul Edilmesi (*Appellatio*)

Özel yargılama sisteminde, tarafların üzerinde anlaştıkları kişinin üstünde herhangi bir kişi veya organ bulunmazdı. İstisnai olarak özel kişi hâkimlerin verdikleri

⁸¹² Doğu'da on beş eyaleti, Asya'nın bir bölümü ile Suriye, Filistin gibi bölgeler ile bazı Arap topraklarını da kapsayan bölgenin yöneticisi konumunda olan kişidir. Bkz. <<http://uwacadweb.uwo.edu/blume&justinian/Book%201PDF/Book%201-36.pdf>> (Erişim Tarihi: 15.07.2009)

⁸¹³ Söğütü Erişgin, **a.g.m.**, s. 105-106.

⁸¹⁴ Aynı, s. 106.

⁸¹⁵ Aynı, s. 106-110.

kararlara karşı *magistra, restitutio in integrum* yani eski durumun iadesine, tarafların talebi doğrultusunda karar verebilirdi⁸¹⁶. Ancak bu talep, kanun yolu olarak nitelendirilemezdi. Zira kararın değiştirilmesi değil, hiç verilmediği anlamını taşımaktadır. Benzer şekilde *magistra*'nın işlem veya kararına karşı *provocatio* yolu ile itiraz edilmesi veyahut bir *magistra*'nın işleminin eşit veya üst derece bir başka *magistra* tarafından *intercessio* yolu ile veto edilmesi de bir kanun yolu değildi⁸¹⁷.

Sistem dışı yargılamada, karar veren hâkiminin üstünde olan organ veya kişiler bulunduğundan, istinafa benzeyen ve *appellatio* olarak adlandırılan kanun yoluna başvuru ile kararın değiştirilmesi olanağı getirilmiştir⁸¹⁸. Bu kanun yolu, kararın sadece hukuka uygunluk yönünden incelenmesini değil, uyuşmazlığın yeniden görülmesini de sağlardı⁸¹⁹. Roma hukukunda âdil yargılanmanın sağlanması yolunda önemli bir değişiklik olan *appellatio* ile hâkimin verdiği haksız kararlar yeniden incelenirdi ve hatalı karar veren tecrübesiz hâkimler daha dikkatli davranmaya teşvik edilirdi.

Appellatio'nun genel özelliklerinden söz edilirse, ilk olarak başvuruda bulunacak kişi de hukukî menfaat şartı arandığı kaynaklardan anlaşılmaktadır⁸²⁰. Ancak imparator, senato ve lehine istinaf hakkından feragat edilene karşı bu yola başvurulamazdı⁸²¹. Kararın verilmesinden sonra iki ya da üç gün içinde yazılı bir dilekçeyle ya da sözlü olarak kararı veren hâkime başvurulması gerektiği belirtilmektedir⁸²². Daha sonra kararın kendisine bildirilmesini izleyen on günlük süre içerisinde itiraz için kararı veren hâkime başvurulması kabul edilmiştir⁸²³. Bu başvuru dilekçe ile yapılıyorsa, başvuranın adı ile birlikte kime teslim edildiği ve hangi karardan dolayı bu yola başvurulduğu belirtilmeliydi. Süresinde başvuruda bulunulmuşsa uyuşmazlığın diğer taraf veya taraflarına bu başvurunun mektupla bildirilmesi zorunlu

⁸¹⁶ Dava sırasında ortaya çıkan hata, hile gibi bazı nedenlerin bulunması halinde taraflar eski durumun iadesini talep edebilirlerdi. Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 87.

⁸¹⁷ Robinson, **a.g.e.**, s. 11; Burdick, **a.g.e.**, s. 670.

⁸¹⁸ Sohm, **a.g.e.**, s. 224; Buckland, Equity, **a.g.e.**, s. 9.

⁸¹⁹ Günal, **a.g.e.**, s. 73.

⁸²⁰ Dig. 49.1.4.-6.

⁸²¹ Günal, **a.g.e.**, s. 92-97.

⁸²² Dig.49.3.1.-3; Dig.49.4.1.5.-6; Dig.49.4.1.11.

⁸²³ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 320.

tutulmuştur⁸²⁴. Kararı veren hâkim, itirazı üst derece yargı organına gönderir ve burada itirazın yerinde olduğu kabul edilirse dava yeniden görülür ve yeniden karar verilir⁸²⁵. Üst derece yargı organının verdiği karar kesin olup, itiraza konu olan hâkimin kararını ortadan kaldırırdı⁸²⁶.

3.4. Sistem Dışı Yargılamada *Litem Suam Facere*'nin Uygulanması

Özel yargılama sisteminde, *magistra* önündeki aşamayı sona erdiren uyuşmazlığın tespiti (*litis contestatio*). *Litis contestatio* taraflar arasında yapılan şekli bir sözleşme olup uyuşmazlığın tespitinin taraflarca onaylanması ile yargılamanın kesinliğini sağlardı. Yargılamanın kesinlik kazanması ile birlikte davacının davalıya karşı sahip olduğu dava hakkı sona ererdi ve aynı nedene dayanarak dava açılması engellenirdi⁸²⁷. Bu oldukça katı fakat sistem içinde önemli bir kuraldı. Zira yargılama sisteminin öncelikli amacı, uyuşmazlıkların kesin bir biçimde hükme bağlanarak çözüme kavuşturulmasıdır. Yargılama sonunda verilen hükümler taraflar için bağlayıcı ve kesin olmalıdır. Aksi takdirde hükmün verilmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Bunun yanı sıra, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması için de hükmün kesinliği kuralı gerekliydi. Bu nedenlerle Roma hukukunda uyuşmazlığın kesin bir biçimde çözüme kavuşturulması bir zorunluluk olarak görülürdü. Uyuşmazlığın tespiti (*litis contestatio*) hükmün kesinliğini sağlayan bir yol olması bakımından oldukça önemliydi⁸²⁸.

Diğer taraftan yargılamaya ilişkin kurallardan sapmaların ve bu kurallara aykırı davranışların düzeltilmesi de, adâletin, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Mahkemelerin hiyerarşik sistemine kanun yollarının dâhil edilmesi, hukuka aykırılıkların denetlenmesi ve düzeltilmesi için hukuk sistemlerinde mutlak bir biçimde yer alması gerekir. Roma hukukunda, özel yargılama sistemi içerisinde üst derece mahkemeler yer almamıştır. Bu sistemde kanun yolları ile yargılama hukuku ve maddi hukuk kurallarına aykırılığın denetiminin ve

⁸²⁴ Dig. 49.6.1.-2.

⁸²⁵ İstinaf ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz., Günal, **a.g.e.**, s. 71-125.

⁸²⁶ “İtirazda bulunan taraf aleyhine karar verilirse, mahkeme masraflarının dört katını ödemeye mahkûm edilirdi.” Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 320.

⁸²⁷ Gai. Inst. 3.180; Gai. Inst. 3.181.

⁸²⁸ MacCormick, **a.g.m.**, s. 150.

düzeltilmesinin yapılmaması önemli sakıncalar taşırdı. Hâkimin yanlış ve haksız karar vermesi ihtimalinin her dava bakımından bulunmasına rağmen, hükmün kesinliğinin kabul edilmesi, özel yargılama sisteminde gerçek adâletin sağlanmasının önündeki en büyük engellerden biri olarak yer alırdı. Zira taraflar karardan tatmin olsun olmasın son sözü hâkim söylerdi⁸²⁹.

Hâkim, esasa ilişkin konular bakımından veya *magistra*'nın talimatlarına aykırı olarak, hatalı ve yanlış bir karar verebilirdi. Romalılar, bu ihtimalin dikkate alınmamasının âdil yargılanmayı tehlikeye sokacağına farkına varmışlar ve hâkimin sorumluluğunu kabul etmişlerdir. Hâkimin sorumluluğu yoluna gidilmesi, hukuka aykırı bir kararın neden olduğu âdil olmayan bir durumun yaratacağı olumsuz sonuçları tam olarak kaldırmasa da uğranılan zararın telafi edilmesini sağlardı⁸³⁰. Bu nedenle, Klasik hukuk dönemi boyunca uygulanan *iudex litem suam fecit* yani hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinden kaynaklı sorumluluğu, kanun yoluna bir alternatif olarak Roma hukuk sistemi içerisinde yer almıştır⁸³¹. Ancak, bu düzenleme daha çok sembolik olarak Roma hukukunda yer almıştır⁸³².

Hâkimin cezai sorumluluğu ile ilgili olan Oniki Levha Kanunları ile Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemlerinde çıkarılan kanunlar, ağırlıklı olarak hâkimin almış olduğu rüşvetten sorumluluğunu düzenlemiştir. Hâkimin hukuksal sorumluluğu ile ilgili *edictum* ise, gereği gibi yapmadığı yargılama sonunda vermiş olduğu haksız ve yanlış karar ile, uyuşmazlığı kendisine mal ettiği kabul edilen hâkimin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu *edictum* kapsamında hâkim, almış olduğu rüşvetten dolayı aynı zamanda hukuksal bir sorumluluğa sahipti⁸³³. Rüşvet gibi bir durum söz konusu değilse

⁸²⁹ Aynı, 151.

⁸³⁰ Aynı, s. 151.

⁸³¹ Monahan, *a.g.m.*, s. 446.

⁸³² Kelly, *Litigation*, *a.g.e.*, s. 109.

⁸³³ Hâkimin kastı veya ihmali dolayısıyla sorumlu olduğunun ileri sürülmesinin, özel yargılama sisteminin yapısına uygun bir yol olmadığı düşünülebilir. Zira bu sistemde, hâkimin belirlenmesinde tarafların etkin bir rolü vardır ve her iki tarafın hâkimin seçiminde rızaları bulunmaktadır. Böyle bir seçimden sonra, taraflardan biri, hâkimin taraflı davrandığı ya da kendine karşı husumet duyduğu veyahut rüşvet aldığı iddiasında bulunursa, haklı olarak neden daha iyisini seçmediği akla gelebilir. Ancak hâkimin kötüniyetli olduğunun kabul edildiği bu durumlar, hâkimin kendi kişisel tutum ve

ve hâkim yargılama kurallarına uygun hareket etmişse, taraflar karara rıza göstermek zorundaydı.

Tarafların kanun yoluna başvurmaları sistem dışı yargılama hariç, diğer yargılama usûllerinde kabul edilmemişti. Ancak kanun yolunun bulunmamasının önemli bir eksiklik olduğu Ulpianus tarafından belirtilmiştir.

Dig. 47.10.1pr.

Ulpianus 56 ad ed.

“interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo.”

“Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorigat...”

Yukarıda yer alan metinlerin birincisinde Ulpianus, bir kimse hakkında yanlış veya âdil olmayan bir karara hükmedilmesi durumunda, ortaya çıkan adâletsizliğin bir zarar olarak ifade edilebileceğini belirtmektedir. Zira hukuk ihlalinin söz konusu olması aynı zamanda bir hak ihlali olarak değerlendirilecek ve dolayısıyla bir zarar ortaya çıkaracaktır. Ulpianus, diğer metinde ise, ehil olmayan ve hatalı karar veren hâkimlerin kararlarını düzeltmek için kanun yolunun gerekli olduğunu belirtmiştir.

Hâkimin kötü yargılaması sonrasında vermiş olduğu kararın bozulması ya da değiştirilmesi, aynı zamanda hâkimin yargılamasının nasıl olduğunu ortaya koyar. Bunun yanında, hukuk sistemindeki aksaklıkların belirlenmesini sağlar. Hâkimin kötü yargılaması sonucunda kişisel sorumluluğunun kabul edilmesi ile tazmin edilen miktar, her zaman tam olarak gerçekleşen zarara karşılık gelmeyebilir⁸³⁴. Bu nedenle kanun yoluna başvuru sonucunda haksızlığın tespit edilmesi zarara uğrayan taraf bakımından

davranışları ile ortaya çıkardı. Bu nedenle hâkimin sorumsuzluğunun kabul edilmesi düşünülemezdi. Dolayısıyla, hâkimin hukuksal sorumluluğunun kabul edilmesi taraf menfaatlerinin sağlanması için gerekliydi. McCormick, **a.g.m.**, s. 157.

⁸³⁴ Hoeflich, **a.g.m.**, s. 102.

oldukça önemlidir.

Yasal davalar (*legis actiones*) ve *formula* usûllerinde, hâkimin verdiği kararların kanun yoluna başvuru ile yeniden incelenmesinin mümkün olmaması, hâkimin kasıt veya ihmâl sonucu verdiği hukuka aykırı kararlardan sorumlu olmasının nedeni olarak gösterilebilir. Ancak sistem dışı yargılamada, hâkimin kararlarına karşı kanun yolu açık olduğundan, hâkimin sorumluluğunun bulunması ihtiyacı azalmıştır⁸³⁵. Bununla birlikte sistem dışı yargılamanın uygulanmaya başladığı ilk yıllarda tarafların, hâkime karşı, kastı veya ihmali dolayısıyla haksız fiil benzeri olarak *in factum* dava açmaları mümkündü⁸³⁶. M.S 3. yüzyıl sonlarına doğru bu davanın uygulamasının ortadan kalktığı tahmin edilmektedir.

Son İmparatorluk döneminde yargılama, devlet memuru hâkimlerin kontrolü altında yapıldı. Bu dönemde hâkimler arasında hiyerarşik bir sistem oluşturulmuştu. Hâkimler, görevleri sırasında üstlerine ve imparatora karşı sorumluluk taşırlardı⁸³⁷. Bir hâkimin davayı gereğinden fazla uzatmak, tembellik ya da yolsuzluk yapmak gibi çeşitli olumsuz davranışlarla kötü bir yargılama yapması, görevden alınmasına ve yerine yeni bir hâkimin atanmasına neden olurdu⁸³⁸. M.S. 385 yılında yapılan düzenleme gereğince, eğer davacı, kendisinin dinlenilmediği ya da iddialarının “kibir” ya da “karşı tarafın kayırılması” yüzünden değerlendirilmeye alınmadığını ispatlayabilirse, hâkim ayrıca uyuşmazlık konusunun değerini ödemeye mahkûm edilirdi. Ancak hâkim bu parayı, bu kez davacıya değil, hazineye ödemek zorundaydı⁸³⁹.

Sistem dışı yargılamanın gelişimi ile ortaya çıkan kanun yoluna başvuru, özel yargılama sisteminde hâkimin sorumluluğuna gidilmesi yolu ile sağlanan tarafların himayesinin yerini almıştır⁸⁴⁰. Kanun yoluna gidilmesi, yargısal hataların düzeltilmesi bakımından, hâkime dava açılarak onun belirli bir miktarda para cezasına mahkûm

⁸³⁵ Monahan, **a.g.m.**, s. 429.

⁸³⁶ Dig. 44.7.5.4; Dig. 5.1.15.1.

⁸³⁷ Harries, **a.g.e.**, s. 162.

⁸³⁸ C.T. 1. 5. 9.

⁸³⁹ C.T. 2. 1. 6.

⁸⁴⁰ Robinson, **a.g.m.**, s. 198; McCormick, **a.g.m.**, s. 149.

edilmesinden daha etkili ve güvenilir bir yoldu⁸⁴¹.

Corpus Iuris Civilis'te *litem suam facere* ile ilgili olarak çok az sayıda dikkat çeken atıf yer almıştır. Buradan Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinde *litem suam facere*'nin geçerliliğini neredeyse tam anlamıyla yitirmiş olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. O halde *litem suam facere*'nin esas olarak özel yargılama sistemi içerisinde yer aldığı ve bu sistemin genel özelliklerine uygun bir biçimde uygulandığı belirtilebilir. Hâkimin *formula*'ya bağlı kalmaması, taraflı davranması, rüşvet alması şeklindeki davranışlarının *litem suam facere* kapsamında değerlendirilerek hâkimin sorumluluğuna gidilmesi, Klasik hukuk döneminde kesin olarak yer almış fakat Klasik sonrası dönemde uygulaması giderek azalmış ve kanun yollarının kabul edilmesi ile ortadan kalkmıştır⁸⁴².

⁸⁴¹ Robinson, **a.g.m.**, s. 198; MacCormick, **a.g.m.**, s. 157.

⁸⁴² MacCormick, **a.g.m.**, s. 157.

SONUÇ

Toplum halinde belli bir düzen içinde yaşamak için hukukun varlığı kadar hukuk kurallarının uygulanması ve denetimi de büyük önem taşımaktadır. Hukuk kurallarının uygulanması ve denetimi için maddi hukuk kurallarının ihlali ile ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması belli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Yargılama faaliyetine ilişkin olarak oluşturulan kuralların asıl fonksiyonu, uyuşmazlığın çözüm şeklini belirlemek ve yargılamayı belirli bir sistem üzerine yapılandırmaktır.

Yargılama sistemi içerisinde yer alan en önemli organ mahkemelerdir. Mahkemelerde görev yapan hâkimler, uyuşmazlığı usûl kurallarına göre yürütmek ve maddi hukuk kurallarını gözeterek çözüme kavuşturmakla yükümlüdürler. Hâkimliği bir meslek olarak yapacak kişilerin belli özellikleri taşıması gerekir. Bu özelliklere sahip olanların belli süreçleri tamamlamaları sonrasında atamaları gerçekleşir. Her şeyden önce genel bir hukuk eğitimi almış ve bu eğitimi başarı ile tamamlamış olanlar için yapılan sınav ve mülakatla seçim süreci gerçekleşir. Seçilen kişiler aday olarak kabul edilerek staj eğitimine tabi tutulurlar. Bu eğitimin sonunda başarılı olanlar, pratik hayata hazır ve yeterli hukuk bilgisine sahip oldukları varsayılarak, mesleğe kabul edilirler.

Türk hukuk sistemi de dahil olmak üzere Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan birçok ülkede, hâkim olabilmek için benzer özellikler aranır ve benzer süreçlerin tamamlanması gerekir. Roma usûl hukukunda hâkim olabilmek için aranan özellikler ve hâkim olarak seçilme ve atanma süreçleri ise anahatları ile şu şekilde belirtilebilir:

1. Roma usûl hukukunda hâkimlik, sistem dışı yargılamaya kadar bir meslek olarak kabul edilmemiştir. Yargılama, resmi bir sıfatı olmayan özel kişilerin gerçekleştirdiği bir faaliyetti. Özel yargılama sisteminde ceza hâkimleri heyet olarak görev yaparlardı. Özel hukuk alanında görülen bazı davalar için Roma tarihi boyunca çeşitli heyet mahkemelerinin kurulduğu görülmekle birlikte, Roma medenî usûl hukukunda *unus iudex* denilen davanın tek hâkimi uyuşmazlığın çözümünde asıl görevli kişiydi. Bu kişi herhangi bir resmi sıfatı

taşımaz fakat kamu hizmetini yerine getiren bir görevliymiş gibi kabul edilirdi.

2. Özel yargılama sisteminde hâkimlik görevini yerine getirecek özel kişilerde, köle, kadın ve yirmi beş yaşından küçük altmış yaşından büyük olmamak, özgür doğmuş Roma vatandaşı olmak gibi belli özellikler aranırdı. Bu kişilerin aynı zamanda sağır (*surdi*), dilsiz (*muti*) ve akıl hastası (*furiosi*) olmamak gibi bazı fiziksel ve zihinsel engellerinin bulunmaması da gerekirdi. Zamanla aranan bu özelliklere belli bir malvarlığına sahip olmak gibi yenileri eklenmiştir.
3. Özel yargılama sisteminde toplum içerisinde senato üyesi, şövalye gibi üst sınıf mensubu kimselerden olmadıkça hâkim olarak seçilebilmek mümkün değildi. Dolayısıyla herkes değil, toplumda belli bir konuma gelmiş ve saygınlık kazanmış kişiler hâkim olarak seçilebilirlerdi. Roma tarihi boyunca üst sınıfların hâkim olabilmek ayrıcalığı için kendi aralarında mücadele ettikleri görülmüştür. Sistem dışı yargılamada ise hâkimin seçim işlemini imparator ve üst düzey yöneticiler yaparlardı.
4. Özel yargılama sisteminde hâkimin seçilmesi ve atanması iki farklı işlem olarak kabul edilirdi. Hâkimi atayanın *magistra* olduğu kesindir. Seçim ise, atamadan önce taraflarca yapılan bir işlem idi. Taraflar davayı görececek olan hâkimi *album iudicium* denilen hâkim olabilecekler listesinden seçerdi. Seçim işlemi gerçekleştirildikten sonra *magistra*, sahip olduğu kamusal yetkilerle, seçilmiş hâkime, uyuşmazlıkla ilgili kararına uyulması zorunlu bir kişi niteliğini kazandırır. Sistem dışı yargılamada tarafların hâkimin seçilmesi konusunda sahip oldukları ayrıcalık son bulmuştur. Her konuda olduğu gibi hâkimin seçilmesi ve atanması da imparatorun tekeline geçmiştir.
5. Roma hukukunda, geçerli olduğu bin yılı aşkın süre içerisinde belirli bir hukuk uzmanlığına sahip olmayan özel kişiler ve daha sonraki dönemlerde memur statüsüne sahip kişiler, hâkim sıfatı ile yargılamanın en önemli sujesi olarak yer almışlardır. Roma usûl hukukunda, yargılamada önemli bir fonksiyona sahip olmalarına rağmen yüzyıllar boyunca, bu kişilerin hukuk bilgisine sahip olmaları şartı aranmamıştır. Bu durum büyük bir eksiklik olarak görülmemiş ve herhangi bir değişiklikte yapılmamıştır.

Roma hukukundan modern hukuk sistemlerine kadar, yeterli hayat tecrübesine sahip olduğu varsayılan hâkimlerden beklenen, gerekli özen ve dikkati göstererek

yargılama yapmaları ve bu yargılama sonucunda uyuşmazlığı doğru ve âdil bir biçimde çözüme kavuşturmalarıdır. Ancak hukuka ve vicdani kanaatine göre karar veren hâkimlerin hata yapma ihtimalleri bulunmaktadır. Zeka, psikoloji ve muhakeme yeteneği gibi içsel etkenler insandan insana farklı olduğundan hâkimlerin benzer olaylarda dahi aynı yönde kararlar vermedikleri görülür. Hâkimin iradesi dışında gerçekleşen iş yükünün ağır olması, tarafların mahkemeye yanlış bilgi sunması gibi bazı dışsal etkenler de yargılama sonucunda hatalı kararlar verilmesine neden olmaktadır. Hâkimin hatalı veya yanlış karar vermesi bazı durumlarda kasıtlı davranışı veya ağır ihmali ile bazen de mazur görülebilir hafif ihmallerinden ortaya çıkabilir. Nedeni her ne olursa olsun, âdil bir yargılamanın yapılması için hatalı veya yanlış kararların düzeltilmesi gerekir. Bu nedenle, kanun yolunun ve hâkimin sorumluluğunun hukuk sistemlerinde düzenlenmesi, âdil yargılamanın teminat altına alınmasını sağlayacaktır. Bu genel açıklamaların Roma usûl hukuku bakımından değerlendirmesini şu şekilde yapmak mümkündür:

1. Özel yargılama sisteminde kanun yolu bulunmazdı ve hâkimin kararları kesin ve değiştirilemezdi. Ancak her hukuk düzeninde olduğu gibi Roma hukukunda da hâkimlerin hatalı ve yanlış kararlar vermesi ihtimali vardı ve hatalı kararın sonuçlarına, bu karardan zarar gören taraf katlanırdı. Romalılar, bu ihtimalin dikkate alınmamasının âdil yargılanmayı tehlikeye sokacağına farkına varmışlar ve çözüm olarak da hâkimin sorumluluğunu kabul etmişlerdir. *Si iudex litem suam fecit* isimli *edictum*'da ilk kez düzenleme getirildiği kabul edilen hâkimin hukuksal sorumluluğunun nedenleri, Roma hukukunun en eski metinlerinden hareketle ve güçlkle tespit edilebilmektedir. Hâkimin hukuksal sorumluluğu yoluna gidilmesi, hukuka aykırı bir kararın neden olduğu âdil olmayan bir durumun yaratacağı olumsuz sonuçları tam olarak kaldırırsa bile uğranılan zararın telafi edilmesini sağlardı. Bu nedenle, Klasik hukuk dönemi boyunca uygulanan *iudex litem suam fecit* yani hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinden kaynaklı sorumluluğu, kanun yoluna bir alternatif olarak Roma hukuk sistemi içerisinde yer almıştır. Her ne kadar hâkimin sorumluluğunda *litem suam fecit* önemli bir yere sahip olsa da, uygulamada örneğine rastlanılamamıştır.
2. Roma hukukunda hâkimin, hukuksal anlamda sorumluluğuna neden olan belli

başlı davranışları; rüşvet alma, taraf tutma, taraflardan biri ile husumetinin olması, kasıtlı davranışı veya ağır ihmali ile hukuka aykırı karar vermesidir. Sorumluluğa neden olan bu davranışların günümüz hukuk sistemlerinde de kabul edildiği görülmektedir.

3. Sistem dışı yargılamanın gelişimi ile ortaya çıkan kanun yoluna başvuru, özel yargılama sisteminde hâkimin sorumluluğuna gidilmesi yolu ile sağlanan tarafların himayesinin yerini almıştır. Kanun yoluna gidilmesi, yargısal hataların düzeltilmesi bakımından, hâkime dava açılarak onun belirli bir miktarda para cezasına mahkûm edilmesinden daha etkili ve güvenilir bir yoldu.

Özetle, Roma hukukunda hâkimlik, özel yargılama sistemi ve sistem dışı yargılamanın genel özelliklerine uygun olarak düzenlenmiştir. Farklı yargılama sistemlerinde, hâkim ve sorumluluğuna ilişkin farklı düzenlemelerin olması oldukça doğaldır. Nitekim Roma hukukunda hâkim ve sorumluluğuna ilişkin sistem dışı yargılamaya geçişle birlikte görülen ve en çok dikkat çeken değişikliklerin başında taraflarca belirli bir dava için seçilen özel kişilerin hâkim olarak atanmasının yerini imparator veya üst düzey idareciler tarafından atanan ve belirli bir dava ile sınırlı olmamak üzere görev yapan, resmi sıfatlı hâkimlerin alması gelmektedir. Roma hukukunda, hâkimin sorumluluğunun kabul edilmesinin başlıca nedenlerinden biri olan kanun yoluna başvurunun hukuk sistemi içerisinde kabul edilmemiş olması sistem dışı yargılama ile birlikte ortadan kalkmıştır. Sistem dışı yargılamada kanun yoluna başvurunun kabul edilerek uyuşmazlığın tekrar incelenerek karara bağlanması ile, hâkimin sorumluluğuna duyulan ihtiyaç giderek azalmış ve bir süre sonra hukuk sisteminde sadece teorik olarak yer almıştır.

KAYNAKÇA

GENEL ESERLER

Abbott, Frank Frost. **A History and Description of Roman Political Institutions.** London: Atheneum Press, 1901.

Abdy, J. T. ve Bryan Walker. **The Commentaries of Gaius.** Cambridge: Cambridge University Press, , 1885.

Abdy, John Thomas. **A Historical Sketch of Civil Procedure Among Romans.** New York, William S. Hein & Co., Inc., 2004.

Adam, Alexander, Boyd, James ve Lorenzo.L. Da Ponte. **Roman Antiquities.** New York: W.E. Dean, Printer and Publisher, 1842.

Atlan, Sabahat. **Roma Tarihinin Anahatları.** İstanbul: Edebiyat Fakültesi Basımevi, 1970.

Ayiter, Kudret. “Roma Ceza Hukukunda *Quaestiones Perpetuae* ve *Cognitio Extra Oridnem*,” **Ahmet Esat Arsebük’e Armağan**, Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1958.

_____. **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları.** Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.

Bablitz, Leanne E., **Actors and Audience in the Roman Courtroom.** Oxford: Routledge, 2007.

Bauman, Richard A. **Crime and Punishment In Ancient Rome.** Oxford: Routledge, 1996.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi - Cilt II.** İstanbul: Güven Basımevi, 1939.

Borkowski, Andrew ve Paul du Plessis. **Textbook on Roman Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Brennan, T. Corey. **The Praetorship in the Roman Republic**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Brunt, P.A. **The Fall of Roman Republic and Related Essays**. Oxford: Oxford University Press, 1988.

Buckland, W. W. **Equity in Roman Law**. New York, William S. Hein & Co., Inc., 2002. (Equity)

_____. **A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. (Textbook)

Buckland, W. W. ve A. McNair. **Roman Law and Common Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1952.

Burdick, William. L. **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2004.

Centel, Nur. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı İle Tarafsızlığı ve Türk Hukuku,” **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**. İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.

Cicero, Marcus Tullius. **De Oratore**. Çev. E.W. Sutton. London: William Heinemann Ltd., 1967. (Oratore)

_____. **De Finibus Bonorum Et Malorum**. Dublin: Hodges, Smith et Soc., 1856. (Finibus)

_____. **On Moral Ends**. Çev. Raphael Woolf. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. (Moral)

_____. **Pro. P. Sulla Oratio**. Çev. D.H. Berry. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. (Oratio)

- _____. **Pro A. Cluentio Oratio.** London: Macmillan and Co., Ltd., 1920. (Cluentio)
- _____. **The Orations of Marcus Tullius Cicero.** Çev. C. D. Yonge, B. A. London, Henry G. Bohn. York Street: 1856. (Orations)
- Cloud, Duncon. **The Cambridge Ancient History, The Last Age of The Roman Republic (146-43 B.C.) Vol. IX.** Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- Crook, J. A. **Law and Life of Rome.** New York: Cornell University Press, 1967.
- Cutler, John. **The History of Roman Law.** London: Butterworth & Co., 1896.
- Daube, David. **Forms of Roman Legislation.** Oxford: Clarendon Press, 1956.
- Dawson, John P. **A History of Lay Judges.** New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999.
- Declareuil, J. **Rome The Law Giver.** New York: Alfred A. Knopf, 1926.
- Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku.** Çev. Ziya Umur. İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1959.
- Erdoğan, Belgin. **Roma Borçlar Hukuku Dersleri.** İstanbul: Der Yayınevi, 2006. (Borçlar)
- _____. **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995. (Tarihi Giriş)
- Errington, R. Malcolm. **Roman Imperial Policy from Julian to Theodosius.** Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2006.
- Galsterer, H. "The Administration of Justice," **The Cambridge Ancient History, The Augustan Empire (43 B.C- A.D. 69) Vol. X.** Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

- Garnsey, Peter. **Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire**. Oxford: Clarendon Press, 1970.
- Gibbon, Edward. **The History of The Decline And The Fall of The Roman Empire - Vol. 2**. Philadelphia: Claxton, Remsen & Haffelfinger, 1868. (Vol. 2)
- _____. **The History of The Decline And The Fall of The Roman Empire - Vol. 5**. London: John Murray, Albemarle Street, 1862. (Vol. 5)
- Girard, Paul Frédéric. **A Short History of Roman Law**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000.
- Greenidge, A.H.J. **The Legal Procedure of Cicero's Time**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 1999.
- Günel, A. Nadi. **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007.
- Güven, Diler Tamer. **"Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi."** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi SBE, 1987.
- Hadley, James. **Introduction to Roman Law**. Colorado: Fred B. Rothman Co., 1996.
- Hakeri, Hakan. "Yargıcın Yargısal Görevlerinden Ötürü Devletin Sorumluluğu," **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**. Ankara: Rekmay Ltd. Şirketi, 6-10 Ocak 2004.
- Hardy, E. G. **Roman Laws and Charters**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2005.
- Harries, Jill. **Law and Empire in the Late Antiquity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Honig, Richard. **Roma Hukuku**. Çev. Şemsettin Talip. İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1938.

Hunter, A. William. **A Systematic and Historical Exposition of Roman Law In the Order of a Code.** London: Sweet and Maxwell Ltd., 1920. (Systematic and Historical)

_____. **Introduction to Roman Law.** London: William Maxwell & Son, 1880. (Introduction)

İpek, Nurcan. “Roma Hukukunda Hâkimin Dava Konusunu, Uyuşmazlığı Kendisine Mal Etmesi (Si Iudex Litem Suam Fecit),” **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan-Cilt I.** İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.

John Lemprière, Wright, F.A, Adams, Frederick Adam ve R. Willets. **Lemprière’s Classical Dictionary of Proper Names Mentioned in Ancient Authors Writ Large: With a Chronological Table.** London: Routledge & Kegan Paul Books Ltd., 1984.

Johnston, David. **Roman Law in Context.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Jolowicz, H. F. **Historical Introduction to the Study of Roman Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 1952.

Jolowicz, H. F. ve B. Nicholas. **Historical Introduction to the Study of Roman Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 1972.

Judith, Perkins. **Roman Imperial Identities in the Early Christian Era.** Oxford: Routledge, 2008.

Karadeniz Çelebican, Özcan. **Roma Eşya Hukuku.** İkinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005. (Eşya)

_____. **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi.** Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış Onbirinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005. (Tarihi Giriş)

- Kaser, Max. **Roman Private Law**. Çev. Rolf Danenbring. London: Butterworths&Co., Ltd., 1968.
- Kelly, J M.. **Roman Litigation**. Oxford: Clarendon Press, 1966. (Litigation)
- _____. **Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic**. Oxford: Oxford University Press, 1976. (Civil Judicature)
- Kennett, Basil. **The Antiquities of Rome**. Philadelphia: Hickman and Hazzard, 1822.
- Keskin, Serap. “Yargıç Bağımsızlığı,” **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**. İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.
- Kunkel, Wolfgang. **An Introduction to Roman Legal and Constitutional History**. Çev. J. M. Kelly. Oxford: Oxford University Press, 1966.
- Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü – Cilt VI**. İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti., 2001.
- Küçükgüngör, Erkan. “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat,” **Ali Bozer’e Armağan**. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Le Roux, Patrick. **Roma İmparatorluğu**. Çev. İsmail Yerguz. Ankara:Dost Kitabevi, 2006.
- Leage, Richard William. **Roman Private Law, Founded On The Institutes of Gaius And Justinian** London: Macmillan, 1964.
- Lee, R. W. **The Elements of Roman Law**. London: Sweet and Maxwell Ltd., 1956.
- Lesser, Maximus A. **The Historical Development of the Jury System**. Rochester/New York: The Lawyers’ Cooperative Publishing, 1894.
- Levick, Barbara. **Tiberius The Politician**. Oxford: Routledge, 1999.

Lintott, Andrew. **Judicial Reform and Land Reform in the Roman Republic.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992. (Judicial)

_____. **The Constitution of the Roman Republic.** Oxford: Oxford University Press, 1999. (Constitution)

Livius, Titus. **Livy II- Book III-IV.** Çev. B.O. Foster. Cambridge: Cambridge University Press, 1963.

Loewenstein, Karl. **The Governance of Rome.** Springer, 1973.

Mac Chombaich De Colquhoun, Patrick. **A Summary of the Roman Civil Law.** London: V. and R. Stevens and Sons, 1854.

Mackay, Christopher S. **Ancient Rome, A Military and Political History.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

McGinn, Thomas A. J. **Prostitution, Sexuality, and The Law in Ancient Rome.** New York: Oxford University Press, 1998.

Metzger, Ernest. "Actions," **A Companion to Justinian's Institutes.** New York: Cornell University Press, 1998.

_____. **A New Outline of The Roman Civil Trial.** Oxford: Oxford University Press, 1997. (Civil Trial)

Mommsen, Theodor. **The History of Rome, Vol. III.** Çev. William P. Dickson London: William Clowes and Sons, 1863.

Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine - Cilt I.** Çev. Fehmi Baldaş. İstanbul: İkinci Matbaası, 1998.

Mousourakis, George. **The Historical and Institutional Context of Roman Law.** Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2003.

- Muirhead, John Spencer. **An Outline of Roman Law**. London: William Hodge and Company, Limited, 1947.
- Nasmith, David. **Outline of Roman History from Romulus to Justinian**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006.
- Nicholas, Barry. **An Introduction to Roman Law**. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- Okandan, Recai G. **Roma Amme Hukuku**. İstanbul: İÜHF Yayınları, Kenan Matbaası, 1944.
- Ostrocorsky, Georg. **Bizans Devleti Tarihi**. Çev. Fikret Işıltan. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1986.
- Ozansoy, Cüneyt. **“Tarihsel ve Kurumsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”** Yayılanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, 1989.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Phillimore, John George. **Introduction to the Study and History of the Roman Law**. Colorado: Fred B. Rothman Co., 1996.
- Rado, Türkan. **Pricipatus Devrinde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla Islahı**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1953.
- _____. **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997.
(Borçlar)
- Ramsay, William. **A Manual of Roman Antiquities**. London: Griffin Bohn and Company, 1863.
- Riggsby, Andrew M. **Crime & Community in Ciceronian Rome**. Austin: University of Texas Press, 1999.

- Robinson, O. F. **The Criminal Law of Ancient Rome**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.
- Roby, Henry John. **Roman Private Law in The Times of Cicero And of The Antonines Vol. II**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000.
- Schiller, A. Arthur. **Roman Law, Mechanisms of Development**. New York: Mouton Publishers, 1978.
- Schulz, Fritz. **History of Roman Legal Science**. New York: Oxford University Press, 1946. (Legal Science)
- _____. **Classical Roman Law**. Oxford: Clarendon Press, 1951. (Classical)
- _____. **Principles of Roman Law**. Çev. M. Wollf. Oxford: Clarendon Press, 1936. (Principles)
- Schwarz, Andreas B. **Roma Hukuku Dersleri - Cilt I**. Çev. Türkan Rado. Altıncı Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1963.
- Smith, William. **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**. Boston: Little, Brown and Company, 1859.
- Sohm, Rudolph. **The Institutes of Roman Law** Çev. James C. Ledlie (New Jersey: Gorgias Press, 2002)
- Söğütlü Erişgin, Özlem. **Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)**. Ankara: İmaj Yayınevi, 2002.
- Stephen, James Fitzjames. **A History of The Criminal Law of England - Vol. III**. Oxford: Routledge, 1996.
- Strachan-Davidson, James Leigh. **Problems of the Criminal Law - Volume I**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1912. (Vol. I)

_____. **Problems of the Criminal Law - Volume II.** Oxford: Oxford Clarendon Press, 1912. (Vol. II)

Sungurtekin Özkan, Meral ve Türkoğlu Özdemir, Gökçe. **Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları.** Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.

Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Dersleri.** İstanbul: Der Yayınları, 2005. (Roma Hukuku)

_____. **Roma Hukuku Meseleleri.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996. (Meseleler)

_____. **Roma Usûl Hukuku.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.(Usûl)

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Hukukunda Iniuria.** İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1969.

Tamer, Diler. **Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis.** İstanbul:Homer Kitabevi, 2007.

Turner, J. W. Cecil. **Introduction to the Study of Roman Private Law.** Cambridge: Bowes&Bowes Limited, 1953.

Türkoğlu Özdemir, Gökçe. “**Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu,**” Yayınlanmamış Bildiri. İstanbul: Roma Hukukundan Modern Hukuka 1. Uluslararası Sorumluluk Hukuku Sempozyumu, 17- 18 Ekim 2007.

_____. **Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik).** Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008. (Infamia)

_____. **Roma Usûl Hukukunda Plus Petitio Yasağı ve Medenî Usûl Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri.** Ankara: Seçkin Kitabevi, 2004. (Plus Petitio)

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı.** İstanbul: İÜHF Yayınları, 1983. (Lügat)

_____. **Roma Hukuku-Ders Notları.** Üçüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınları, 1999. (Ders Notları)

_____. **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi.** İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982. (Tarihi Giriş)

_____. **Roma Hukuku-Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi.** İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970. (Hakların Himayesi)

Ventura, Mişon. **Roma Hukuku-Cilt I (Giriş, Roma Hukuku Dış Tarihi ve Usûl).** İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası, 1934.

Villey, Michel. **Roma Hukuku Güncelliği.** Çev. Bülent Tahiroğlu. İstanbul: Der Yayınları, 1985.

Walton, Frederick Parker. **Historical Introduction to the Study of Roman Law.** Edinburgh: W. Green & Son, Limited, 1920.

Watson, A. **The Law of the Ancient Romans.** Dallas; Southern Methodist University Press, 1970. (Romans)

_____. **Ancient Law and Modern Understanding.** Athens: The University of Georgia Press, 1998. (Ancient)

_____. **Roman Law and Comparative Law.** Athens: University of Georgia Press, 1991. (Comparative)

_____. **The Law of Obligation in the Later Roman Republic.** Oxford: Clarendon Press, 1965. (Obligation)

_____. **The Spirit of Roman Law.** Athens: Georgia Press, 1995. (Spirit)

Wenger, Leopold. **Institutes of the Roman Law of Civil Procedure.** Çev. H. O. Fisk New York: Liberal Arts Press, 1940.

Wiseman, T. P. **The Cambridge Ancient History, The Last Age of The Roman Republic (146-43 B.C.) Vol. IX.** Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

Yıldırım, Turan ve Serap Helvacı, “Yargı Faaliyetinden Doğan Sorumluluk,” **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan-Cilt I**. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.

Zimmermann, Reinhard. **The Law of Obligations**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DERGİLER

Adornetto Monahan, Marie. “The Problem of “The Judge Who Makes The Case His Own”: Notions Of Judicial Immunity And Judicial Liability in Ancient Rome,” **The Catholic University Law Review**, Vol. 49: 429-448, 2000.

Belgesay, Emcet. “Türk Hukukunda Hâkimin Hukukî Mesuliyeti,” **AÜHFD**, Cilt no 12, Sayı no 3: 247-320, 1955.

Berger, Adolf. “Encyclopedic Dictionary of Roman Law,” Transactions of the American Philosophical Society, New Series. Vol. 43, No. 2: 333-809, 1953.

Birks, Peter. “New Light on The Roman Legal System: The Appointment of Judges,” **Cambridge Law Journal**, Vol. 47, No. 1: 36-60, 1988.

Capogrossi Colognesi, Luigi. “Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik,” Çev. Özcan Çelebican, **AÜHFD**, Cilt no 43, Sayı no 1-4: 299-313, 1993.

Collinet, Paul. “Klasik Roma Hukukunun Teşekkülünde Hususi Hâkimlerin Oynadıkları Rol,” Çev. Edip Serdengeçti. **Capitolium-Roma Hukuku ve Tarihi Mecmuası**, Cilt no 2, Sayı no 3-4: 251-261, 1935.

Corbino, Alessandro. “Roma'da Arkaik ve Cumhuriyet Dönemlerinde, Anayasal-Politik Dengeler-Hukuksal Gelişim, Hukukçuların Hukuk Yaşamındaki Roller,” Çev. Özcan Çelebican. **AÜHFD**, Cilt no 44, Sayı no 1: 61-79, 1995.

Demircioğlu, Halil. “Roma Devletinin Eyalet Sistemi,” **AÜDTCFD**, Cilt no 5-6, Sayı no 8-11: 443-459, 1967-1968.

- Erem, Faruk. "Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast," **AÜHFD**, Cilt no 26, Sayı no 1-2: 1-4, 1969.
- Griffin, Miriam T. "The Leges Iudiciariae of the Pre-Sullan Era," **The Classical Quarterly**, Vol. 23., No. 1: 108-126, 1973.
- Henderson, M. I. "The Establishment of the Equester Ordo," **The Journal of Roman Studies**, Vol. 53, No. 1-2: 61-72, 1963.
- Hoeflich, M. H. "Regulation of Judicial Misconduct from Late Antiquity to the Early Middle Ages," **Law and History Review**, Vol. 2., No. 1: 79-104, 1984.
- Jenks, Edward. "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler," Çev. Mukbil Özyörük. **AÜHFD**, Cilt no 7, Sayı no 1: 40-79, 1950.
- Johnston, David. "Three Thoughts on Roman Private Law and the Lex Irnitana", **The Journal of Roman Studies**, Vol. 77: 62-77, 1987.
- Jones, A. H. M. "The Elections under Augustus," **The Journal of Roman Studies**, Vol. 45, No.1-2: 9-21, 1955.
- Kılıçoğlu, Ahmet. "Hâkimin Hukukî Sorumluluğu," **AÜHFD**, Cilt no 30, Sayı no 1: 231-269, 1973.
- Kocourek, Albert. "The Formula Procedure of Roman Law," **Virginia Law Review**, Vol. 8, No. 6: 434-444, 1922.
- Küçükgüngör, Erkan. "Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)," **BATİDER**, Cilt no 19, Sayı no 3: 137-150, 1998.
- MacCormack, Geoffrey. "The Liability of the Judge in the Republic and Principate," **Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt**, Vol. 2., No. 14: 3-29, 1982.
- MacCormick, D.N. "Iudex Qui Litem Suam Fecit", **Acta Juridica**, 149-165, 1977.

- Mumcu, Uğur. “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı,” **AÜHFD**, Cilt no 27, Sayı no 1: 37-66, 1970.
- Mumcuoğlu, Maksut. “Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi,” **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt no 46, Sayı no 2, 262-306, 1989.
- Özbek, Mustafa. “Dünya Çapındaki Adâlete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,” **AÜHFD**, Cilt no 51, Sayı no 2: 121-162, 2002.
- Özbek, Mustafa. “Avrupa Konseyince Adâlet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler,” **AÜHFD**, Cilt no 55, Sayı no 1: 207-292, 2006.
- Petrak, Marko. “Arbitration as the Primary Form of Civil Proceedings? A Contribution to Criticism of the Schiedsgerichtstheorie,” **Croatian Arbitration Yearbook**, Vol. 11: 83-96, 2004.
- Plescia, Joseph. “Judicial Accountability and Immunity in Roman Law,” **The American Journal of Legal History**, Vol. 45, No. 1: 51-70, 2001.
- Pugsley, D. F. “Litem Suam Facere,” **The Irish Jurist**, Vol. 4: 351-355, 1969.
- Richard Alexandar Bauman, “Leges Iudiciorum Publicorum,” **Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt**, Vol. 2., No. 13: 103-233, 1980.
- Robinson, Olivia F. “The Iudex Qui Litem Suam Fecerit Explained,” **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)**, Vol. 116: 195-199, 1999.
- Rodger, Alan. “The Lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts,” **The Journal of Roman Studies**, Vol. 81: 74-90, 1991.
- Schiller, A.Arthur. “Jurists’ Law,” **Columbia Law Review**, Vol. 58, No. 8: 1226-1238, 1958.

- Sherwin-White, A. N. "The Extortion Procedure Again," **The Journal of Roman Studies**, Vol. 42., No. 1-2: 43-55, .1952.
- Sigillito, Martin T. "Unus Iudex in Roman Law and Roman Legal History,": **St. Louis U. L.J.**, Vol. 33: 481-494, 1988-1989.
- Söğütlü Erişgin, Özlem. "Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi," **AÜHFD**, Cilt no 51, Sayı no 1: 97-115, 2002.
- Staveley,"E. Stuart Iudex Selectus", **Rheinisches Museum für Philologie**, Vol. 96: 201-213, 1953.
- Stein, Peter. "Roman Arbitration: An English Perspective," **Israel Law Review**, Vol. 29: 215-227, 1995. (Arbitration)
- _____. "The Nature of Quasi-Delictal Obligations in Roman Law," **RIDA**, Vol. 5, No. 3: 563-570, 1958. (Quasi-Delictal)
- Tellegen-Couperus, O. E. "The Role of the Judge in the Formulary Procedure," **The Journal of Legal History**, Vol. 22, No: 2: 1-13, 2001.
- Tercan, Erdal. "Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576), 'Hâkim' Kavramı Açısından Uygulama Alanı," **AÜHFD**, Cilt no 44, Sayı no 1: 233-252, 1995.
- Thomas, J.A.C. "The Development of Roman Criminal Law," **The Law Quarterly Review**, Vol. 79: 224-237, 1963.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe. "Roma Medenî Usûl Hukukunda Formula Yargılaması," **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt no 7, Sayı no 1: 167-212, 2005.
- Zilelioğlu, Hilal. "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış," **AÜHFD**, Cilt no 39, Sayı no 1-4: 241-264, 1987.

YARDIMCI KAYNAKLAR

Gaius, **Institutes of Gaius**. Çev. F. De Zulueta. Oxford: Oxford University Press, 1946.

Iustinianus, **Institutiones**. Çev. Ziya Umur. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.

_____. **Justinian's Institutes**. Çev. Peter Birks ve Grand McLeod. New York: Cornell University Press, 1987.

_____. **The Digest of Justinian**. Çev. A. Watson. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1998.

_____. **The Digest of Justinian**. Çev. Charles Henry Monro. Cambridge: Cambridge University Press, 1904-1909.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://ancientrome.ru/ius/library/paul/index.htm> (Erişim Tarihi: 07.06.2009)

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Sulla*.html
(Erişim Tarihi: 17.05.2009)

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/20*.html (Erişim Tarihi: 27.05.2009)

http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Macrobius/Saturnalia/3*.html.
(Erişim Tarihi: 13.06.2009),

<http://uwacadweb.uwyo.edu/blume&justinian/Book%201PDF/Book%201-36.pdf>
(Erişim Tarihi: 15.07.2009)

http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Leges/cornelia_testamentaria.htm#S2.
(Erişim Tarihi: 10.06.2009)

<http://www.archive.org>

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/536028/Servius-Tullius> (Erişim Tarihi: 15.02.2009)

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/89691/Caligula> (Erişim Tarihi: 15.04.2009)

<http://www.constitution.org/sps/sps.html>

<http://www.inisiyatif.net/document/42.asp> (Erişim Tarihi: 10.08.2009)

<http://www.novaroma.org>

http://www.uah.edu/student_life/organizations/SAL/texts/latin/classical/cicero/procluentio.html. (Erişim Tarihi: 29.05.2009)

YASALAR

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa)

Türk Ceza Kanunu (TCK)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)