

ROMA MEDENİ USUL HUKUKUNUN ANA HATLARI

Törenden Şekle; Hususî Adaletten Devlet Adaletine

Yrd. Doç. Dr. Selçuk ÖZTEK

M.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra - İflâs Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Roma'da medeni usul hukuku özel bir önem taşımaktaydı. Romalı hukukçuların belki de pek farkedemedikleri¹ bu önemi gören ve değerlendiren çağdaş hukukçular, Roma medeni usul hukukunu bilmeden Roma maddi özel hukukunun kavranamayacağını² anlamakta gecikmemişler ve gerek Gaius'un, gerekse İustinianus'un *Institutiones*'indeki sırayı³ bir kenara bırakarak, büyük önemi ve

- 1) Gerçekten, Romalı hukukçular, maddî (medenî) hukuk - (medenî) usul hukuku ayırımını net ve sistemli bir şekilde yapmamışlar ve çok kere, maddî (medenî) hukuk ile (medenî) usul hukukunu bir bütün olarak telâkki etmişlerdir (Bkz. ARANGIO - RUIZ, V.: *Instituzioni di diritto romano*, Sesta ed., Napoli 1942, sh. 108 vd.) ki, bu da, biraz sonra göreceğimiz gibi, Roma hukukunda *actio*'ların (dâvaların) hakların tanınması ve hukukî müesseselerin oluşmasındaki büyük önemi ve özel durumuyla açıklanabilir. Bu ayırımı yaptıkları zaman da, Romalı hukukçular, biraz evvel belirttiğimiz nedenle, medenî usul hukukunu sadece bir "dâvalar hukuku" (*ius actionum*) olarak görmüşlerdir; bkz. MONIER, R.: *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome 1, Deuxième réimpression des 5e et 6e éditions de Paris 1947, Darmstadt 1977, sh. 126, no. 97.
- 2) ARANGIO - RUIZ, V.: *age.*, sh. 109; GAUDEMET, J.: *Les institutions de l'Antiquité*, 2e éd., Paris 1982, sh. 252; DI MARZO, S. (Çev. UMUR, Z.): *Roma Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1959, sh. 101.
- 3) *Institutiones* sisteminde, *ius quod ad actiones pertinet* (dâvalara ilişkin hukuk); *ius quod ad personas pertinet* (insanlara ilişkin

özel durumu nedeniyle Roma medeni usul hukukunun incelenmesini Roma maddi medeni hukukunun incelenmesinden evvele almışlardır.

Günümüz hukuk mantığı ve sistematığına oldukça yabancı gelen bu durumun başlıca iki nedeni vardır⁴. Birinci neden, Roma hukukunda hakların yargı organları önünde ileri sürülmelerini sağlayacak genel nitelikte bir müeyyidenin bulunmaması, diğer bir deyişle müeyyide adını verdiğimiz hukuki baskı unsurunun hakkın doğal bir sonucu olarak addedilmemesiydi. Romalılar nezdinde, fertler arasındaki muayyen bir ilişki hak olarak nitelendirilmekle müeyyideye bağlanmış olmaz, aksine, yargı organları önünde ileri sürülebildiği, yâni bir müeyyideye bağlandığı için hak olarak telâki edilirdi. Demek ki, Roma'da, hukuk yaratan organ tarafından bir müeyyideyle donatıldığı taktirde ve ölçüde bir hakkın varlığından bahsedilirdi. İkinci neden, Roma özel hukukunun gelişmesine büyük katkısı olan *praetor*'ların münhasıran usul sahasında faaliyet göstermeleriydi. *Praetor*'lar kanun koyucu niteliğini haiz olmadıklarından, doğrudan doğruya yeni bir hak yaratamazlardı. Yargı organı sıfatıyla *praetor*'ların sahip oldukları yegâne imkân, göreve başlarken yayınladıkları beyannâmelerinde (*edictum*) *ius civile*'de öngörülüp bir müeyyideye bağlanmamış olan hakkaniyete aykırı durumları soyut bir şekilde tespit etmekten ve bu durumların gerçekleşmesi hâlinde, mağdur olan tarafa bir dâva (*actio*)⁵ tanımak suretiyle hakkaniyeti temin edeceklerini bildirmekten ibaretti. İlk bakışta, *praetor*'ların faaliyetini önceden tespit edilmiş belli bazı durumlara hasretmekten öte bir anlam taşımıyormuş gibi gelen bu imkân, aslında âdeta "hak yaratıcı bir kaynak" vazifesini görüyordu. Nitekim, *edictum*'da tespit edilmiş bulunan durumlar-

hukuk) ve *ius quod ad res pertinet*'ten (mallara ilişkin hukuk) sonra inceleniyor ve gerek Gaius'un *Institutiones*'inde, gerekse Iustinianus'un *Institutiones*'inde dördüncü ve son kitabın konusunu teşkil ediyordu. Bkz. Iustinianus (Çev. Umur, Z.): *Institutiones*, İstanbul 1968.

4) MONIER, R.: age., sh. 127, no. 98; ARANGIO - RUIZ, V.: age., sh. 108 vd.

5) *Actio* sözcüğü, sevk etmek, gütmek, yürütmek, muayyen usuller dahilinde faaliyette bulunmak anlamını taşıyan "agere"den gelmektedir.

dan birinin varlığı hâlinde, *praetor*'a müracaatla başlayan yargılama sırasında, duruma uyan müeyyide de tespit ediliyor ve böylece, *ius civile*'de öngörülmemiş ve korunmamış bir münasebetin *praetor* tarafından tanınıp müeyyidelendirildiğini gören hukukçular da özel hukuk alanında yeni bir hakkın ortaya çıktığı sonucuna varıyorlardı. Bu suretle, Roma'da, medenî usul hukuku maddi özel hukukun gelişmesini sağlıyor ve bu gelişmeyi yönlendiriyordu. *Praetor*'lara dolaylı bir biçimde yeni haklar yaratabilme imkânını veren bu kaza selâhiyeti (*iurisdictio*)⁶ ters yönde de işleyebiliyordu. Nitekim *praetor*'lar, *ius civile* tarafından öngörülmüş ve müeyyideye bağlanmış bir hakkın ileri sürülmesini hakkaniyete uygun bulmadıkları taktirde müeyyidenin uygulanmasını önleyebiliyorlardı. Şu halde, *praetor*'lar, *ius civile*'nin tanıyıp korunmasını istediği bir hakkı, bu hakkın korunması hakkaniyete ve adalete aykırı düşecekse, etkisiz bırakılabiliyorlardı. Böylece *ius civile* kurallarının zamanla değişen ekonomik, siyasi ve sosyal şartlara uymaları temin ediliyor ve bu yöndeki usuli faaliyetleriyle *praetor*'lar maddi özel hukuku biçimlendiriyorlardı.

Tarihi gelişim itibarıyla Roma medeni usul hukuku sırasıyla üç safhadan geçmiştir⁷: *legis actio*'lar (kanunî dâvalar) sistemi; *formula* sistemi; *cognitio extraordinem* (nizam harici usul; sistem dışı yargılama) sistemi.

İlk iki sistemin ortak belirgin özelliği, yargı fonksiyonunun *magistra* ve hâkim (*iudex*) -veya hakem (*arbiter*)⁸- arasında bölünmesi ve, buna bağlı olarak, dâvanın iki aşamada görülmesiydi. Her iki sistemde de uyuşmazlığı karara bağlayan ve hüküm veren or-

6) **Magistra**'ların ve özellikle **praetor**'ların kaza selâhiyetinden (*iurisdictio*) ne anlaşılması gerektiği hususunda bkz. UMUR, Z.: Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Umumî Mefhumlar - Hakların Himayesi, İstanbul 1982, sh. 528 vd.; MONIER, R.: age., sh. 131 vd., no. 101.

7) Bkz. özellikle, ARANGIO - RUIZ, V.: Cours de droit romain. Les actions, Napoli 1980, sh. 3 vd.

8) **Formula** devrinden itibaren **iudex** ve **arbiter** sözcükleri eşanlamlı terimler olarak kullanılmışlardır. Bkz. JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: Historical Introduction to the Study of Roman Law, 3rd ed., Cambridge 1978, sh. 178; GAUDEMET, J.: age., sh. 266; UMUR, Z.: age., sh. 530 vd., özellikle sh. 532.

gan olan hâkim (*iudex*) -veya hakem (*arbiter*)- devlet memuru değil, hususi şahıs niteliğini taşıdığından, *legis actio*'lar sistemi ile *formula* sistemi *ordo iudiciorum privatorum* (hususî mahkemeler nizamı; özel yargılama sistemi) usulü olarak ta adlandırılmaktaydılar.

Kendi içinde *legis actio*'lar usulü ve *formula* usulü olarak ikiye ayrılan *ordo iudiciorum privatorum* MS. 3 ncü yüzyıl sonlarına kadar Roma'da uygulanan normal medeni yargılama usulünü teşkil etti. Ancak, İmparator Augustus zamanında, bazı uyuşmazlıkların, istisnaen, iki safhaya bölünmeden, tek bir aşamada, doğrudan doğruya *magistra* tarafından halledilip karara bağlanmalarına izin verilmeye başlandı. Ve Roma topraklarında uygulanan normal usulün, yâni *ordo iudiciorum privatorum*'un dışında kaldığı için de bu yeni sisteme *cognitio extra ordinem* (nizam harici usul; sistem dışı yargılama) adı verildi. MS. 4ncü yüzyıldan itibaren de istisna kural hâlini aldı ve *cognitio extra ordinem* usulü bütün İmparatorlukta uygulanan tek usul oldu. *Magistra* devlet memuru statüsünde olduğundan, *cognitio extra ordinem*'in İmparatorlukta geçerli tek usul olarak kabulüyle Roma medeni usul hukukunda hususi himaye rejimi sona eriyor ve yeni bir dönem başlıyordu: Adaletin tevzii işinin, başından sonuna değin, tamamen Devlet tarafından yerine getirilmesi, yâni yargı fonksiyonunu bizzat Devletin üstlenmesi dönemi.

Roma medeni usul hukukunun gelişim aşamalarının incelenmesinin ortaya koyduğu bir diğer gerçek, usul hukukuna hâkim olan şekilcilik anlayışının, gelişim aşamalarına paralel olarak geliştiği ve rasyonelleştiğidir. Nitekim, başlangıçta, şeklin, ilâhları tatmine yönelik dinî bir tören, bir âyin olarak addedildiğini; amacının, tamamlayıcısı olduğu maddi hukukun uygulanmasını sağlamak, desteklemek ve kolaylaştırmak olduğunun anlaşılamadığını görmekteyiz. Bu açıdan bakıldığında Roma medeni usul hukukunun, şekilcilik anlayışı bakımından, esasa ilişkin hakkın gerçekleştirilmesi gayesini gütmeyen "törencilik"ten, adaletin iyi bir şekilde yerine getirilmesi ve keyfilığe karşı vazgeçilmez olan korumanın sağlanması amacına yönelik -bugünkü anlamıyla- "şekilciliğe" doğru bir seyir takip ettiği gözlemlenmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, Roma'da uygulanmış olan usul sistemlerinin birinden diğerine geçiş kesin tarihlerde vuku bulmamıştır. Her yeni usul sistemi, eski sistemin yanında, önce çok istisnai hallerde uygulanmış, sonra, bazı ihtiyaçlara cevap verdiği görülerek, yeni sistemin uygulanma sahası düzenli bir şekilde eski sistem aleyhine genişletilmiş ve nihayet eski sistem uygulanmaz duruma gelince yeni sistem onun yerine geçmiştir. Maamafih, şematize etmek istersek, diyebiliriz ki: *legis actio*'lar usulü Krallık Döneminin (MÖ 754-MÖ 509) ortalarından Principatus (İlk İmparatorluk) Döneminin (MÖ 27-MS 284) başına kadar; *formula* usulü, Cumhuriyet Döneminin (MÖ 509-MÖ 27) ortasından Dominatus (Son İmparatorluk) Döneminin (MS 284-MS 476/1453) ortasına (MS 342) kadar; *cognitio extra ordinem* usulü de Principatus (İlk İmparatorluk) Döneminin (MÖ 27-MS 284) başından İustinianus Döneminin (MS 527--MS 565) sonuna kadar -Roma topraklarında geçerli tek usul sistemi olarak veya kendisinden önceki sistemle birlikte- uygulanmıştır⁹.

I. LEGIS ACTIO'LAR USULÜ

“Kanunî dâvalar” veya, ifâde ettiği hukuki anlamı daha iyi gösterdiği için, “kanunî dâva şekilleri”¹⁰ olarak Türkçeye çevirebileceğimiz “*legis actiones*”, adını, bu *actio*'ların kanun tarafından ihdas edilmiş ve düzenlenmiş olmalarından alıyordu. Gaius'a göre¹¹, *legis actiones* tâbiri, tarafların, kanun tarafından tespit edilmiş bulunan ve aynen bir kanun gibi, değiştirilmesi mümkün olmayan muayyen bazı sözler söylemek, kalıplar kullanmak ve hareketler yapmak zorunda olmalarıyla da açıklanabilirdi. Burada söz konusu olan kanun esas itibarıyla XII Levha Kanunu (*Lex Duodecim tabularum*) idi¹².

9) Bkz. JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age. ,sh. 175; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, 3. Bası, Ankara 1982, sh. 308 vd.

10) Bkz. aşağıda sh. 343.

11) G., Inst. IV, 11.

12) *Legis actio per conditionem*, çok sonra, Silia ve Calpurnia Kanunlarıyla ihdas edilmişti (MÖ 200-150 civarı).

Legis actio'lar usulünün en belirgin özelliği dâvacının, *magistra* önünde, iddiasını ancak belirli bazı formüller kullanmak suretiyle ileri sürebilmesiydi. Bu meyanda, hakkının ihlâl edildiğini iddia eden kişi, önce *legis actio*'lardan hangisinin kendi durumuna uyduğunu tespit eder, sonra da, *legis actio*'lardan her biri, ihtiva ettiği formüller vasıtasıyla çeşitli uyuşmazlıklara uygulandığından, duruma uyan *legis actio*'nun hangi formül kullanılarak ileri sürüleceğini tâyin ederdi. Kullanılacak formülde yanılma veya uygun formül seçilmekle beraber, bu formülün gereklerinden en ufak bir sapma iddianın incelenmemesi sonucunu doğururdu¹³. Davalı da, müdafaasını yaparken, önceden tespit edilmiş bazı kurallara uymak zorundaydı. Bu katı biçimcilik *magistra*'nın söz ve davranışları için de geçerliydi. Bütün bunlar, *legis actio*'lar usulüne, katı ve sıkı şekil şartları içinde cereyan eden bir âyin havasını veriyordu.

Legis actio'lar usulünde uyuşmazlıkların halli iki safhada oluyordu. İlk safha *magistra* önünde (*in iure*), ikinci safha da özel kişi niteliğindeki hâkim (*iudex*) veya hakem (*arbitër*) önünde (*apud iudicem*) cereyan ediyordu¹⁴.

13) Bu konuda zikredilen ve katı biçimciliğin *legis actio*'lar usulüne kadar hâkim olduğunu göstermek bakımından çok ilginç olan klâsik örnek, Gaius'un (G., Inst. IV, 11) zikrettiği **vites arbores** (asmalar - ağaçlar) örneğidir. Gaius'un anlattığına göre, XII Levha Kanunu "**arbores succisae**" (kesilmiş ağaçlar) sözcüklerini kullandığından, formülünde "**vites succisae**" (kesilmiş asmalar) terimlerine yer veren dâvacı dâvasını kaybetmiş ve XII Levha Kanununun, ağaçları kesilen mal sahibine tanıdığı, zararını tazmin ettirme imkânından yoksun kalmıştı.

14) *Legis actio*'lar usulü çekişmesiz yargı (**iurisdictio voluntaria**) işlerinde de kullanılırdı. Çekişmesiz yargı işi, taraflar arasında yapılan alelâde bir anlaşmanın hukukî sonuç doğurmaya yeterli olmadığı hallerde, **magistra**'nın, sonuç üzerinde anlaşmış olan tarafların yaptıkları hukukî işleme iştirak etmesi durumunda söz konusu olur ve daima, taraflardan birinin hakkını diğer tarafın, **magistra** önünde, kendiliğinden kabulüyle sona ererdi. Görüldüğü gibi, çekişmesiz yargı işlerinde **magistra**'nın işi hâkime tevdi etmesi söz konusu değildi. Bkz. MONIER, R.: age., sh. 132 vd., no. 101 ve dipnot 1, sh. 157, no. 120. Bkz. ayrıca aşağıda sh. 347 vd., dipnot 38.

Magistra fonksiyonunu Krallık Döneminde kralın (*rex*) doğrudan doğruya kendisi, Cumhuriyet Döneminin ilk devirlerinde de iki *consul* yerine getirmekteydi. MÖ 367 yılında çıkarılan *Liciniae Sextiae* Kanunları, *consul*'lerin çok defa Roma'dan uzak kaldıklarını gözönüne alarak, sadece yargılama işlerini yönetmekle görevli bir *magistra*'lık ihdas etti ve münhasıran hukuk işleriyle alâkalı bu *magistra* için zamanla *praetor* adı yerleşti¹⁵. Yargılama işlerinin çoğalması, sadece Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli *praetor*'un yanında, Roma vatandaşları ile yabancılar ve yabancıların kendi aralarındaki anlaşmazlıkları halletmek için *praetor peregrinus* (yabancılar *praetor*'u) adı altında yeni bir *praetor*'luk ihdasına neden oldu (MÖ 242). Bu tarihten itibaren, sadece Roma vatandaşları arasındaki yargı işlerine bakan *praetor* da *praetor urbanus* (şehir *praetor*'u) adıyla anılmaya başlandı¹⁶. Zamanla, Roma yargısına tâbi vatandaş ve iş sayısı artınca, yetkileri yer veya madde itibarıyla sınırlandırılan çok sayıda *praetor*'luklar ihdas edildi.

Hâkimlere gelince; bunlar, uyuşmazlığın taraflarınca seçilen özel kişilerdi. İlk devirlerde hâkim, rahip hukukçular arasından seçilirdi. Sonra, Senatus üyeleri de hâkim olabilmeye başladılar. Bilahâre, şövalyeler arasından da hâkim seçilebileceği kabul edildi. MÖ 1 nci yüzyıldan itibaren hakimlerin *praetor urbanus* tarafından her yıl hazırlanacak listeye (*album iudicum*) ismi yazılanlar arasından seçilmesi kararlaştırıldı. Şunu da belirtmek gerekir ki, hâkimlik sıfatı devamlı değildi. Listede ismi bulunsa dahi bir kimse hâkim sıfatını ancak taraflar ismi üzerinde anlaşıp *magistra* kendisini tâyin ettiği zaman iktisap eder ve anlaşmazlığı halledip kararını verdikten sonra da bu sıfatını kaybederek normal vatan-

- 15) Bu *magistra* üçüncü bir *consul* niteliğindedeydi; yâni diğer *consul*'lerin yetkilerine sahipti. Ancak, görevi yargılama işleriyle sınırlandırılmıştı. Cumhuriyet Döneminin başından beri, *consul*'ler, orduya komuta etmeleri nedeniyle, önden giden anlamına gelen "*praetor*" adıyla anılırlardı. Fakat, genellikle kullanılan terim *consul* idi. *Consul* adedi üçe çıkınca, üçüncü *consul* de *praetor* sıfatını aldı. Ve zamanla *praetor* adı, sadece, görevi diğer iki *consul*'ünkinden farklı olan bu *consul* için kullanılır oldu.
- 16) Bkz. GUARINO, A.: L'ordinamento giuridico romano, Quarta ed., Napoli 1980, sh. 236 vd.

daş statüsüne avdet ederdi. Hâkim olarak kaideten bir tek kişi tâ-yin edilirdi (*iudex unus*). Ayrıca, *decemviri* ve *centumviri* adı verilen ve yetkileri madde itibarıyla sınırlandırılmış olan devamlı mahkemeler de vardı¹⁷. Üç kişiden meydana gelen ve şehrin asayiş ve inzibat işlerine bakan *triumviri capitales*'ler de, zamanla, *legis actio per sacramentum* ve *legis actio per manus iniectio-nem* konularında yargı yetkisine sahip olmuşlardı¹⁸.

Legis actio'lar usulündeki yargı teşkilâtı, hemen hemen olduğu gibi, *formula* usulünde de muhafaza edildi¹⁹.

Legis actio'lar usulünde dâva, kural olarak, hakkının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin, hukuka aykırı davranışta bulunan hasmını *magistra* önüne sözlü olarak dâvet etmesiyle (*in ius vocatio*) başlardı²⁰. Çağrılan kişi (*vocatus*) bu dâvete uymadığı takdirde, çağırılan kişi (*vocans*), durumu tanıklar önünde saptadıktan sonra, onu zorla *magistra* önüne getirme hakkına sahipti. Dâvette bulunana bu hakkın verilmesinin nedeni, *legis actio*'lar sisteminde *magistra* önüne gelmeyen kişi aleyhine dâva açılmaması idi.

Tarafların *magistra* önüne gelmeleriyle *legis actio*'lar usulünün ilk aşaması başlardı. *In iure* denilen bu aşamada dâvacı, belirli sözlü formüllerle iddiasını açıklar ve iddiasına uygun bir dâvanın (*actio*'nun) kendisine tanınmasını talep ederdi.

Dâvalı, dâvacının iddialarını *magistra* önünde kabul edebilirdi. *Confessio in iure* (*magistra* önünde ikrar) denilen bu işlem yargılamayı sona erdirirdi²¹. Taraflar birbirlerine yemin de teklif edebilirlerdi; yemin edilmesi ya da yeminden kaçınılması hâlinde, ikrarda olduğu gibi, yargılama sona ererdi (*iusiurandum in iure*)²².

17) Bkz. MONIER, R.: age., sh. 135 vd., no. 104; JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age., sh. 197 vd.; UMUR, Z.: age., sh. 534.

18) Bkz. MONIER, R.: age., sh. 135, no. 104; UMUR, Z.: age., sh. 534 vd.

19) Bkz. aşağıda sh. 347.

20) XII Levha Kanununun ilk cümlesi "**Si in ius vocat, ito**" (**Magistra önüne çağrılan, gitsin**) şeklinde idi.

21) XII Levha Kanununa göre, "**Confessus pro iudicatio habetur**" (ikrar eden mahkûm edilmiş addedilir).

22) SCHWARZ, A.B. (Çev. Başman, T.): Roma Hukuku Dersleri,

Magistra önündeki aşama, bu şekilde, yemin teklifi veya ikrar yoluyla sona ermediği takdirde dâvalı, yine belirli formüllere uymak suretiyle, savunmasını yapardı. Dâvacı ve dâvalıyı²³ belirtmek için kullanılan terim “*reus*” idi. Ancak, bu aşamada dâvayı yürüten, daha ziyade, onu ikame etmiş olan dâvacı idi. Dâvalının rolü çok daha pasifti. İki “*reus*” arasındaki bu farkı ortaya koymak için Romalılar dâvacıyı “*iş qui agit*” (faaliyeti sevkedenden), dâvalıyı da “*cum quo agitur*” (kendisine karşı faaliyette bulunulan) olarak adlandırdılar²⁴.

Magistra, tarafları dinleyip karşılıklı iddia ve savunmaları öğrendikten sonra, iddia sahibi tarafından seçilmiş olan *legis actio*'nun ve dâva formülünün, önüne getirilmiş olan anlaşmazlıkta uygulanamayacağı veya biçimsel işlemlerin yapılmasında yahut sözlü formüllerin söylenmesinde kanuna uyulmadığı kanısına varırsa, iddiayı reddeder ve dâva açılmasına izin vermezdi. *Magistra*, iddia sahibinin seçtiği *legis actio*'nun ve dâva formülünün doğru olduğu ve şekle tâbi işlemler ile sözlü formüllerde bir eksiklik bulunmadığı kanısına varırsa, iddia sahibine dâva imkânı tanır ve şahitler huzurunda (*testes estote: şahit olunuz*) *litis contestatio* (dâvanın tesbiti) işlemine geçerdi. *Legis actio*'lar usulünde, dâvayı hazırlama niteliğini taşıyan ilk safhayı sona erdiren *litis contestatio*'yla *magistra*, tarafların üzerinde anlaştıkları özel kişiyi hâkim olarak görevlendirir ve açılmasını uygun bulduğu dâvayı bu hâkimin hangi esaslar çerçevesinde göreceğini saptar, özellikle uyuşmazlığın hudutlarını çizer ve uygulanacak hukuk kuralını belirlerdi. *Litis contestatio* işleminin tekemmülünden sonra dâvanın tarafları değiştirilemez, *in iure* safhada yapılmış işlemler ve söylenmiş sözler düzeltilemez veya tamamlanamaz, ortaya çıkan yeni durumlar hâkim tarafından nazara alınamaz ve karara müessir olamazdı.

Litis contestatio muamelesinden sonra, *legis actio*'lar usulüne göre açılmış dâvanın ikinci aşamasını teşkil eden *apud iudicem*

Birinci Cilt, İstanbul 1943, sh. 271; HONIG, R. (Çev. Talip, Ş.): Roma Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1938, sh. 84; JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age., sh. 195, dipnot 5.

23) Aslında, bugünkü anlamıyla dâvacı ve dâvalı statüsü, *magistra* iddia sahibine dâva hakkı tanıdıktan sonra kazanılıyordu.

24) Bkz. DI MARZO, S.: age., sh. 107; UMUR, Z.: age., sh. 540; karşı KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: age., sh. 310.

(hâkim önündeki) aşamasına geçilirdi. Bu aşama, tarafların üzerinde anlaştıkları ve *litis contestatio*'yla dâvayı yürütüp sonuçlandırma yetkisi (*iussum iudicandi*) verilen özel kişi niteliğindeki hâkim önünde cereyan ederdi. Taraflar, hâkime, *litis contestatio*'yu takip eden üç gün içinde başvurmak zorunda idiler. Hâkim önüne gelmeyen taraf dâvayı kaybederdi²⁵. Taraflar hâkim önünde iddia ve müdafalarını yaparlar, delillerini ibraz ederlerdi. Hâkimi ikna edebilmek için her türlü delile başvurmak câizdi (delil serbestisi). Beyyine külfetine gelince; bu konuda *legis actio*'lar usulünde kesin bir kural bulunduğu söylenemez; ancak, birçok halde, çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi, herkesin iddiasını ispatla yükümlü olduğu kuralının uygulandığı görülmektedir. Hâkim, tarafları dinleyip delilleri değerlendirdikten sonra, aynı gün²⁶, kararını (*sententia*) verirdi.²⁷ Şayet uyuşmazlık hakkında yeterli bir kanaat sahibi olmamışsa (*sibi non liquere*), hâkim, yemin ederek dâvayı görmekten imtina edebilirdi; bu durumda yeni bir hâkim seçilirdi. Hâkim, kararında gerekçe göstermek zorunda değildi. Ancak, kararını verirken, *in iure* safhasında söylenmiş sözler, ileri sürülmüş talepler ve yapılmış işlemlerin dışına da çıkamazdı. Şu halde, *in iure* safhasında yapılmış ve söylenmiş olanları tespit eden *litis contestatio* dâvanın sonuçlandırılmasında büyük bir önemi hâizdi. Örneğin, *litis contestatio*'da, iddia sahibinin alacağından 100 as olarak bahsedilmiş ve *apud iudicem* safhasında hâkim bu alacağın 100 değil de 90 as olduğu sonucuna varmışsa, dâvalı beraat ettirilirdi²⁸. Bū-

25) XII Levha Kanunu, haklı bir mazerete istinaden tâyin edilen günde hazır bulunamayan tarafa mühlet verilmesine imkân tanıyordu. Belirtmek gerekir ki, *legis actio*'lar usulünde, başlangıçta, kural olarak, taraflar kendilerini temsil ettiremezlerdi: **Nemo alieno nomine agere potest** (hiç kimse başkasının hesabına kanunî dâva yürütemez) (G., Inst. IV, 82). Ancak, kısa zamanda, bu kurala çeşitli önemli istisnalar getirildi. Bkz. MONIER, R.: age., sh. 138, no. 106; UMUR, Z.: age., sh. 541 vd.

26) Şayet kendisinde hüküm verecek derecede kanaat hâsıl olmamışsa veya müzakereler güneşin batışına kadar bitmemişse hâkim, kararın verilmesini başka bir güne erteleyebilirdi (XII Levha Kanunu, I, 6).

27) Bkz. UMUR, Z.: age., sh. 564; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: age., sh. 321.

28) Ayrıca bkz. sh. 340, dipnot 13.

tün bunlar, hâkimin vazifesinin vakıaları tahkikten öteye gitmediğini göstermektedir. Hâkimin kararı kesindi; bu karara karşı kanun yollarına başvurma imkânı yoktu; hâkimi bizzat taraflar anlaşarak seçtiklerinden, onun kararlarına karşı itirazın söz konusu olmaması tabii idi. Ayrıca, karardan sonra, aynı uyuşmazlık için yeni bir dâva açılmazdı (*bis de eadem re ne sit actio*)²⁹; açılırsa, *magistra, denegatio actionis* ile dâvayı reddederdi³⁰. Kararda dâvacı haklı görülümüşse, dâvalı kendi isteğiyle bu karara uymadığı takdirde, dâvacı cebir yoluna, diğer bir deyişle, genellikle, *legis actio per manus iniectioem* vasıtasıyla icraya başvurdu.

Legis actio'lar usulünde beş tane *legis actio* vardı³¹: *legis actio per sacramentum, legis actio per iudicis postulationem, legis actio per conditionem, legis actio per manus iniectioem, legis actio per pignoris capionem*. Bunlardan ilk üçü bugünkü anlamıyla medeni usul hukukuna, diğer ikisi de bugünkü anlamıyla icra hukukuna ilişkindi. Bu *legis actio*'lar aslında birer "dâva kalıbı"³² niteliğindediler: Her biri belli nitelikteki çeşitli uyuşmazlıkların hallinde kullanılıyordu. Diğer bir deyişle, ihtilâflı bir durum nedeniyle dâva açmak isteyen kimse, uyuşmazlığın niteliğine beş tane *legis actio*'dan hangisi uyuyorsa onu seçmek zorundaydı. Şu halde, bütün dâvalar bu beş tane dâva kalıbı içinde görülebilirdi. Bu açıdan bakınca, *legis actio* kavramını Türkçeye "kanunî dâva" olarak değil, "kanunî dâva şekli" olarak aktarmak, bu kavramın içerdiği hukuki anlamı ifâde etmek bakımından belki de daha doğru olacaktır³³.

Buraya kadar ki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, *legis actio*'lar usulü çok şekilci ve katı idi³⁴. Şekil hususundaki en ufak

29) Karş. ARANGIO - RUIZ, V.: age., sh. 112.

30) Herhangi bir nedenle *magistra* ikinci dâvayı reddetmemişse, hâkim, dâvanın daha evvel görülümüş olduğunu nazara alarak diğer taraf lehine karar verirdi ;bkz. UMUR, Z.: age., sh. 566.

31) G., Inst. IV, 12.

32) JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age., sh. 192; UMUR, Z.: age., sh. 537; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: age., sh. 318; TAHİROĞLU, B. - ERDOĞMUŞ, B.: Roma Usul Hukuku, Özet. İstanbul 1982, sh. 11.

33) UMUR, Z.: age., sh. 537; TAHİROĞLU, B. - ERDOĞMUŞ, B.: age., sh. 11.

34) Bkz. ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 27 vd.; MONIER, R.:

bir hata dâvanın kaybedilmesine neden oluyordu. Bu usulün katı ve değişmez niteliği de hukukun gelişmesine engel oluyordu. Özellikle sosyal ve iktisadî gelişme dönemlerinde ortaya çıkan yeni tür uyuşmazlıkların birçoğu *legis actio*'ların kapsamına girememekte ve hukuki himayeden yoksun kalmaktaydı. *Legis actio*'ların kapsamına girmeyen uyuşmazlıkların halline yönelik yeni *legis actio*'lar ihdas etme hakkına sahip olmayan *magistra*'lar, bu gibi durumlarda çaresiz kalıyorlardı. Kaldı ki, *legis actio*'ların kapsamına giren uyuşmazlıklarda dahi âdil bir çözüme ulaşılabileceği her zaman kesin değildi. Zira, hakkaniyete aykırı durumlarda *magistra*'ların dâvayı reddetme yetkisi yoktu.

Bütün bu nedenler *legis actio*'lar usulünün gittikçe sevilmemesine yol açtı ve *formula* usulünün, doğumunu değilse bile, yaygınlaşmasını hızlandırdı.

II. FORMULA USULÜ

Legis actio'lar usulü sadece Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanabilir, Roma yurttaşı olmayanlar bu *actio*'lardan faydalanamazlardı. Oysa, fetihler sonucu Roma'nın sınırları genişlemiş ve Roma egemenliği altında bulunmakla beraber Roma vatandaşları olmayanların -ki bunlara *peregrinus* (yabancı) adı veriliyordu- sayısı artmıştı. Bu durumda ortaya bir sorun çıkıyordu: Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar nasıl halledilecekti? Aynı sorun, Roma egemenliği altında bulunmakla beraber değişik kökenli ve dolayısıyla farklı özel hukuklara tâbi bulunan yabancılar arasındaki hukuki ilişkiler için de söz konusu idi³⁵. Bu sorunu halletmek için MÖ 242 yılında *praetor peregr-*

age., sh. 150 vd., no. 15; DI MARZO, S.: age., sh. 112; UMUR, Z.: age., sh. 568; HONIG, R.: age., sh. 93 vd.; VILLEY, M. (Çev. Tahiroğlu, B.): Roma Hukuku, Güncelliği, İstanbul 1985, sh. 17 vd.

35) Roma egemenliği altında olmakla beraber aynı ülke halkını meydana getiren yabancılar arasındaki uyuşmazlıklar bir sorun çıkarmıyordu. Zira, Romalılar, fethettikleri ülkelerin halklarına özel hukuk ilişkilerini kanunlar ve örf ve âdetlerle düzenleme hakkını tanıyorlardı.

rinus (yabancılar *praetor*'u) ihdas olundu³⁶.

Yabancıların taraf olduğu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara *legis actio*'lar usulünü uygulayamayan *praetor peregrinus*'lar, bu uyuşmazlıkları sonuçlandırmak için *formula* usulü denilen yeni bir usul uygulamaya başladılar. Yeni usul, esnekliği ve hakkaniyete uygun çözümlere imkân vermesi nedeniyle kısa zamanda dikkatleri üzerine topladı. Nitekim, bir müddet sonra, Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları sonuçlandırmakla görevli *praetor urbanus* ta, özel hukukta boşluk bulunan hallerde *formula* usulünü kullanmaya başladı. Bu uygulama başlangıçta istisnai bir nitelik taşıyor ve kanunun bir *legis actio* bahşetmediği durumlara münhasır kalıyordu. MÖ 120 yılları civarında çıkarılan *Lex Aebutia*, *legis actio*'ların kapsamına giren durumlarda dahi isteyen Roma vatandaşlarına *formula* usulünün uygulanabileceğini kararlaştırdı³⁷. Böylece, iki usul bir müddet beraber uygulandılar. Fakat, şekilciliği ve katılığı nedeniyle iyice gözden düşmüş olan *legis actio*'lar usulü, esnek *formula* usulüne rekabet edemeyerek kısa zamanda fiilen uygulanmaz oldu ve MÖ 17 yılında da *Lex İulia*'yla lağvedildi³⁸.

Formula usulü, bazı yönleriyle, ortadan kalkmasına neden olduğu *legis actio*'lar usulüne benziyordu. Gerçekten, *formula* usulünde de dâva, biraz önce belirttiğimiz üzere, *legis actio*'lar usulünde olduğu gibi, iki aşamada görülüyordu: *in iure* (*magistra* önünde) ve *apud iudicem* (hâkim önünde). Bu itibarla, her iki usulde de yargı teşkilatı hemen hemen aynı idi³⁹. Kezâ, her iki usulde de

36) Bkz. yukarıda sh. 341. Daha değişik bir görüş için bkz. UMUR, Z.: age., sh. 570 vd.

37) *Lex Aebutia*'nın gerçek muhtevasının çok tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Bu konuda bkz. MONIER, R.: age., sh. 514 vd., no. 119 vd.; GAUDEMET, J.: age., sh. 394.

38) Ancak, *legis actio*'lar usulü, bazı hallerde, örneğin çekişmesiz yargı işlerinde (*iurisdictio voluntaria*) kullanılmaya devam olundu; bkz. MONIER, R.: age., sh. 157, no. 120; bkz. ayrıca, yukarıda sh. 340, dipnot 14.

39) Bkz. yukarıda sh. 342. Sırf *formula* usulünde rastlanan önemli bir yargı organı, taraflarca hâkimler listesinden seçilen üç veya beş hâkimden meydana gelen ve Romalılarla yabancılar veya sadece yabancılar arasında Roma topraklarında yapılan işlemlerden doğan uyuşmazlıkları halletmekle görevli olan *recupera-*

taraf lar veya vekilleri *-formula* usulünde tarafların kendilerini *cognitor* veya *procurator* denilen bir vekille temsil ettirebilmeleri kabul edilmişti- *in iure* safhaya iştirak etmedikleri takdirde dâva yürütülemez ve sonuçlandırılmazdı. Diğer taraftan, *legis actio*'lar usulüne hâkim olan şekilcilik *formula* usulünü de etkilemişti. Nitekim, *formula* usulünde de hâkim, duruma göre değişen ölçülerde, *formula*'yla bağlı idi. Örneğin, dâvacı, duruma uyan *formula*'yı seçmemiş veya uygun *formula*'yı seçmekle beraber *formula*'da bazı hatalar yapmışsa, hâkim dâvalıyı beraat ettirmek zorunda kalırdı. Ancak, belirtmek gerekir ki, *legis actio*'ların formülleri (kalıpları) ile *formula* arasında önemli farklar vardı.

Formula usulüne göre dâva açmak isteyen bir kimse, önce, *magistra*'nın göreve başlarken yayınladığı beyannâmede (*edictum*) bulunan çeşitli dâva formüllerinden (*formula* taslaklarından) talebine uyanını seçerdi. Evvelce de belirttiğimiz üzere, *praetor*'lar, göreve başlarken yayınlamak zorunda oldukları beyannâmelerinde, hangi durumlarda hangi dâvaların açılması imkânını vereceklerini bildirirler ve tanıyacaklarını bildirdikleri bu dâvalara uyan dâva şemalarını (*formula* taslaklarını) belirtirlerdi. Aslında *ius civile*'yi uygulamakla yükümlü olan *praetor*'lara, *ius civile*'de öngörülmemiş durumlarda da yeni dâvalar tanıyabilme yetkisi verilmişti. Ayrıca, *praetor*'lar, *ius civile*'nin düzenlediği dâvaların niteliğini, bu dâvalara yeni şartlar eklemek suretiyle değiştirebiliyorlardı. *Praetor* beyannâmeleri bir yıl için yapıldığından, her beyannâmenin eksiklikleri ve aksayan noktaları bir sonraki beyannâmede düzeltilebiliyor ve *praetor*'lar hayatın değişen ihtiyaçlarına yeni dâva formülleri ihdas etmek suretiyle kısa zamanda cevap verebiliyorlardı. Ancak, Principatus (İlk İmparatorluk) Devrinde, Cumhuriyet Devrinde intikal eden bütün *magistra*'lıklarda olduğu gibi, *praetor*'ların önemi ve yaratıcı kuvveti azalmış ve buna paralel olarak ta *edictum*, her sene, hiç değiştirilmeden ilân olunan kalıplaşmış bir beyannâme halini almıştı. Bu fiili durumu İmparator Hadrianus hukukileştirdi ve takriben MS 130 yılında hukukçu Salvius İulianus'u *edictum*'un metnini değiştiremeyecek bir şekilde saptamaya memur

tores heyetleri idi; bkz. MONIER, R.: age., sh. 135 vd., no. 104; JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age., sh. 197 vd.; UMUR, Z.: age., sh. 535.

etti. Ve hazırlanan nihai *edictum* şekline de daimî beyannâme anlamına gelen *edictum perpetuum* adı verildi⁴⁰. Bundan böyle *edictum perpetuum*'u sadece imparator değiştirebilecekti ki, bu da, *edictum* yoluyla hukukun inkişafının fiilen durdurulması anlamına geliyordu.

Formula usulünde dâva, hakkının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin, bu hakkı ihlâl edeni şifahen *magistra* önüne çağırmasıyla başlardı (*in ius vocatio*). Ancak, *in ius vocatio*'dan evvel, dâva etmek isteyen kişi, hangi dâva formulüne müracaat edeceğini hasım tarafa bildirmek zorunda idi (*editio actionis*). *Legis actio*'lar usulünde bulunmayan bu muameleden kasıt, dâva edilmek istenen kişinin uyuşmazlığın nereye kadar gideceğini bilmesini ve karşılaşacağı dâva ile dâva etmek isteyen boyuna eğme arasında bir tercih yapabilmesini sağlamaktı⁴¹. *In ius vocatio*'nun, bizzat iddia sahibi tarafından, dâva edilmek istenen kişinin şahsına yapılması gerekirdi. Dâvet edilen kişi bu çağrıya uymadığı takdirde, iddia sahibi onu zorla *magistra* önüne getirebilirdi. Dâva edilmek istenen kişi takipten kurtulmak için kaçır veya saklanırsa, *magistra*, onun mallarına dâvalı tarafından el konulmasına ve hattâ bu malların bazı durumlarda toptan satılmasına (*venditio bonorum*) izin verebilirdi. Bu sert tedbirlerin nedeni, *formula* usulünde de dâvalının *in iure* safhada hazır bulunması ve faaliyete iştirak etmesinin, biraz sonra da göreceğimiz gibi, dâvanın yürüyebilmesi için zorunlu olması idi.

Formula usulünde taraflara *litigantes* (ihtilâf hâalinde olanlar) veya *adversarii* (hasımlar) yahut *partes* (taraflar) denirdi. Dâvacı, bazen *is qui agere vult* (dâva etmek isteyen), bazen *is qui agit* (dâva eden), bazen de *actor* olarak adlandırılırdı. *Legis actio*'lar usulünde tarafları belirtmek için kullanılan "neus" terimi, *formula* usulünde dâvalıyı gösteren terim olmuştu.

Tarafların *magistra* önüne gelmeleriyle *formula* usulünün ilk aşaması olan *in iure* (*magistra* önünde) aşaması başlardı. Bu aşama-

40) Bkz. MONIER, R.: age., sh. 78 vd., no. 68 vd.; GUARINO, A.: age., sh. 251 vd.; DI MARZO, S.: age., sh. 5 vd.; UMUR, Z.: age., sh. 219 vd.

41) JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age., sh. 200 vd.; DI MARZO, S.: age., sh. 119.

da taraflar iddia, müdafaa ve karşı - iddialarını *praetor*'a açıklarlardı. Açıklamaların yapılmasından sonra, kural olarak, üç ihtimal ortaya çıkabilirdi. Birinci ihtimal, *magistra*'nın, dâva formülünü, vaziyete uygun görmediği veya ileri sürülen iddia türü için dâva hakkı verilmeyeceği beyannâmede tasrih edildiği için reddetmeydi (*denegatio actionis*). İkinci ihtimal, ileri sürülen iddiaların *ius civile* veya beyannâme uyarınca dâva hakkı vermesi ve bu iddiaların dâvalı tarafından *magistra* önünde kabul edilmesi (*confessio in iure*) hâlinde ortaya çıkardı ki, bu durumda *magistra*, kural olarak⁴², tarafları hâkim önüne yollamadan dâvayı sonuçlandırır (confessus pro iudicato est: İkrar eden, mahkûm edilmiş gibidir). Konusu bir para borcu olan dâvalarda (*actio certae creditae pecuniae*), *magistra* huzurundaki taraf yemini de (*iusiurandum in iure delatum* veya *necessarium*) dâvanın, hâkime intikal etmeden, *magistra* önünde sona ermesine neden olurdu⁴³. Üçüncü ve bizi en fazla ilgilendiren ihtimal ise, dâvalının ileri sürülen iddialara itiraz etmesi hâlinde söz konusu olurdu. Bu itiraz, ileri sürülen iddianın doğruluğunu inkâr şeklinde olabileceği gibi, prensip olarak doğruluğu kabul edilen iddiayı etkisiz kılacak bir *exceptio*⁴⁴ veya bir *praescriptio*'nun dâvacının teklif ettiği *formula*'ya dâhil edilmesi şeklinde de olabilirdi.

Karşılıklı iddia ve savunmaları değerlendiren *magistra*, korunması gereken bir hakkın mevcut olduğu kanısına varırsa, iddia sahibine bir dâva imkânı tanır ve *formula*'yı verir (iudicium dare: dâvayı bahşetmek).

Formula, dâvanın takip edeceği program hakkında hâkime tâlimat veren yazılı bir vesikaydı. *Praetor*'un ağzından kaleme alınırdı. Fakat, *magistra*'nın bu konudaki rolünü fazla da büyütmemek gerekir. Zira, fiilen, *magistra*'nın rolü, dâvacı tarafından

42) Ancak, bazı hallerde, **apud iudicem** aşamasının cereyan etmesi zorunlu idi; bkz. MONIER, R.: age., sh. 150 vd., no. 12; DI MARZO, S.: age., sh. 128; UMUR, Z.: age., sh. 583 vd.

43) Daha etraflı bilgi için bkz. ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 37 vd.; MONIER, R.: age., sh. 161, no. 124; UMUR, Z.: age., sh. 585 vd.

44) Bu def'iye karşı dâvacı da bir karşı - def'i (**replicatio**) ileri sürebilirdi.

hazırlanmış formül taslağına uygun olarak dâvanın görülmesine izin vermekten ibaretti.

Her *formula*, tarafların üzerinde anlaştıkları hâkimin tâyiniyle başlardı (*Caius Octavius iudex est*: Caius Octavius hâkim olsun). Bundan sonra *formula* hâkimin vazifesini bildirir, yâni hangi şartlar altında dâvalıyı mahkûm edeceğini veya beraat ettireceğini saptardı. Bu bölüm, normal olarak dört kısımdan meydana gelirdi: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* ve *condemnatio*. *Demonstratio*yla hâkime, dâvacının ileri sürdüğü hakka mesnet teşkil eden vakıalar açıklanırdı (*Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem venditif*: Aulus Agerius, Numerius Negidius'a bir köle satmış olduğuna göre). Olumlu bir şekilde ifâde edilmiş olmakla birlikte, bu vakıanın hâkim tarafından tahkiki gerekirdi. *Intentio*'da, *demonstratio*'da açıklanan vakılardan çıkan hukukî durum ve bu duruma dayanılarak ileri sürülen hak belirtilirdi. (*Si paret Numerium Negiduum Aulo Agerio decem millia sestertium dare oportere*: Numerius Negidius'un Aulus Agerius'a onbin sesterts vermeye borçlu olduğu sabit olursa; *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*: Numerius Negidius'un Aulus Agerius'a vermek veya yapmakla yükümlü olduğu sâbit olan şey)⁴⁵. *Adiudicatio*, yalnız, taksim dâvası olarak adlandırılan üç dâvanın⁴⁶ *formula*'sında bulunur ve hâkime, ihtilâf konusu mal veya malların mülkiyetini taraflara tahsis etmek yetkisini verirdi (*Quantum adiudicari oportet, iudex, adiudicatio*: Ne kadar tahsis edilmesi gerekiyorsa, ey hâkim, tahsis et). *Condemnatio*'ya gelince; bu kısım, hâkime, dâvacının ileri sürdüğü iddiaların sâbit olup olmamasına göre dâvalıyı mahkûm etmek veya beraat ettirmek yetkisini verir ve şu şekilde kaleme alınırdı: *Iudex, Numerium Negidium X millia sestertium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve* (ey hâkim, Numerius Negidius'u

45) Birinci örneğin *intentio*'su *certa* (muayyen), ikinci örneğin *intentio*'su ise *incerta* (gayrimuayyen) olarak adlandırılırdı. Bu ayırımı esas olan kriter, mahkûmiyet konusu meblâğın *formula*'da önceden tespit edilmesi veya hâkimin takdirine bırakılmasıydı.

46) *Actio familiae erciscundae* (terekenin taksimi dâvası), *actio communi dividundo* (müşterek malın taksimi dâvası), *actio finium regundorum* (müşterek sınırların tanzimi dâvası).

Aulus Agerius'a onbin sesterts vermeye mahkûm et; sâbit olmazsa, beraat ettir). Görüldüğü gibi, *formula* usulüne hâkim olan mantık silsilesi bugünkünden pek farklı değildi: olayların açıklanması, hukuki nedenlerin belirtilmesi ve sonuç.

Her *formula*'da normal olarak bulunan *demonstratio*, *intentio* ve *condemnatio* kısımlarına *magistra*, bazı *formula*'larda, istisnaî veya tali başka kısımlar da ilâve edebilirdi. Tarafların talebi üzerine ilâve edilen bu istisnaî kısımlardan en önemlileri, *praescriptio* ve *exceptio*'lardı. *Praescriptio*, *demonstratio*'dan önce yazılır ve dâvacı veya dâvalı lehine olabilirdi. Dâvacı lehine *praescriptio* (*praescriptio pro actore*), dâvacının hangi sıfatla dâva açtığını tasrih etmeye veya dâvacının takip ettiği gayeyi belirtmek suretiyle hakkın tamamının dâva konusu olmasının önüne geçmeye yarardı. Dâvalı lehine *praescriptio* (*praescriptio pro reo*) ise hâkimi, dâvanın esasına girmeden önce araştırılması gereken ve sâbit olduğu takdirde dâvanın reddi sonucunu doğuracak olan bir iddiayı tahkike dâvet eden bir kayıttı⁴⁷. Gaius zamanında, dâvalı lehine *praescriptio*'ların hemen hemen tamamı bir nevi *exceptio* olarak kabul ediliyordu⁴⁸. *Exceptio*, hâkimin dâvalıyı mahkûm etme yetkisini sınırlayan ve dâvalının mahkûm edilebilmesini dâvacının iddiasının sâbit olması şartından başka bir ikinci şartın gerçekleşmesine tâbi kılan bir kayıttı. *Exceptio*, *formula*'ya dâima dâvalı lehine dercedilir ve dâvalı, dâvacının iddiasına esas olan olayı inkâr etmese bile, mahkûmiyet kararının ancak dâvalının ileri sürdüğü özel bazı sebeplerin geçerli olmaması hâlinde verilebileceği anlamına gelirdi. Oysa, *legis actio*'lar usulünde hâkimin rolü dâvacının iddiasının doğru olup olmadığını tahkikle sınırlı idi ve dâvalı, mahkûmiyetten, ancak, dâvacının ileri sürdüğü hakkın varlığına itiraz ederek kurtulabilirdi. *Formula* usulünde dâvalı, varlığını ve dâvacıya aidiyetini inkâr etmediği hakkın geçici (*exceptio dilatoria* veya *exceptio temporalis*) veya devamlı (*exceptio perpetua* veya *exceptio peremptoria*) olarak kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini ve

47) **Praescriptio pro actore** ve **praescriptio pro reo** hakkında daha fazla bilgi ve örnekler için bkz. JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age., sh. 206; GAUDEMET, J.: age., sh. 404 vd.; DIMARZO, S.: age., sh. 123 vd.

48) G., Inst. IV, 133.

ius civile uyarınca sorumlu olmakla beraber hakkaniyet icabı mahkûm edilemeyeceğini ortaya koyarak beraatini isteyebilirdi. Böylece, *praetor*'lar, dâvalıları, *ius civile* kaidelerinin sertliklerine ve doğurabilecekleri haksız neticelere karşı koruyabilirdi. *Exceptio*, menfî bir şart şeklinde, *intentio* ile *condemnatio* arasına konur ve örneğin dâvacı onbin sesters'in iadesini ister, dâvalı da, dâvacının söz konusu alacağı istememekle yükümlü olduğunu ileri sürerse, şu şekilde kaleme alınırdı⁴⁹: *Si paret Numerium Negidium Aulio Agerio sestertium decem milia dare oportere, iudex sestertium decem milia condemna, si inter Aulius Agerius et Numerius Negidius non convenit ne ea pecunia peteretur, si non paret absolve* (Numerius Negidius'un Aulus Agerius'a onbin sesters vermeye borçlu olduğu sâbit olursa, ey hâkim, eğer Numerius Negidius ile Aulus Agerius arasında bu paranın geri istenmeyeceği kararlaştırılmamışsa, mahkûm et; sâbit olmazsa, beraat ettir). Dâvacı da dâvalının *exceptio*'sunu bir *replicatio* (cevap), yâni *exceptio*'nun hükmünü ortadan kaldıracak nitelikte bir hâdise ileri sürerek bertaraf edebilir ve bu *replicatio*'nun, *exceptio*'dan hemen sonra, *formula*'ya konulmasını isteyebilirdi. Bu *replicatio*'ya dâvalı bir *duplicatio* (cevaba cevap) ile, ileri sürülen *duplicatio*'ya da dâvacı bir *triplicatio* ile mukabele edebilirdi⁵⁰.

Magaistra, biraz evvel belirtilen esaslara uygun olarak kaleme aldığı *formula*'yı dâvacıya verirdi (*iudicium dare*). Dâvacı da *formula*'yı dâvalıya bildirirdi (*iudicium edere*). Dâvalı, uyuşmazlığın *formula*'da gösterilen şekilde hâkim önünde görülmesini onayladığı, yâni *formula*'yı kabul ettiği (*accipere iudicium*) takdirde; *litis contestatio* muamelesi tekemmül etmiş olurdu. Dâvaya devam edebilmek için *formula*'nın dâvalı tarafından kabulü şart idi. Yoksa *litis contestatio* muamelesi yapılamaz ve *apud iudicem* safhasına geçilemezdi. Şu halde, *formula* usulünde, *litis contestatio* taraflar arasında bir anlaşma niteliğini taşıyordu⁵¹. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, dâvalı *formula*'yı kabul edip etmemekte tamamen

49) G., Inst. IV, 119.

50) Bu seri daha da uzayabilirdi.

51) Bazı yazarlar (örneğin, MONIER, R.: age., sh. 163, no. 126; ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 67; SCHWARZ, A.B.: age., sh. 278) *litis contestatio*'nun bir akit olduğunu ileri sürmektedirler.

serbest değildi. *Formula*'yı kabul etmediği takdirde *indefensus* (kendini müdafaa etmek istemeyen) addedilir ve hapis cezası (*ductio*), mallarına el konulması (*missio in bono*) gibi ağır müeyyidelere mâruz kalırdı. Bu itibarla, *formula*'yı kabul etmekte menfaati vardı. Ancak, *praetor*'un öngördüğü ağır müeyyidelere rağmen *formula*'yı kabul etmemekte direnirse, *apud iudicem* safhasına geçilemezdi. Teknik anlamda dâvanın açılmasının tarafların rızasıyla mümkün olması kuralı, *formula* usulünün tahkim niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. Fakat, *formula*'yı kabul etmeyen, yâni anlaşmaya yanaşmayan tarafın ağır müeyyidelerle tazyik edilmesi, *formula* usulüne hâkim olan tahkim anlayışının ihtiyarî tahkimden ziyade mecburî tahkim olduğunu göstermektedir.

Litis contestatio'nun önemli bazı hukukî sonuçları vardı. Birinci sonuç, *litis contestatio*'nun taraflar arasında mevcut olan ve dâva açma gereğini doğuran hukukî ilişkiyi sona erdirmesi ve *litis contestatio*'dan sonra bu ilişkinin yerini bir usul hukukî ilişkisinin almasıydı. Demek ki, *litis contestatio*, biri sükût ettirici, diğeri ihdas edici olmak üzere iki yönden tesir icra etmekteydi: tarafları anlaşmazlığa götüren hukukî ilişkiden doğan borcu sona erdirmek; ihtilâflı hakkın yerine, *formula*'da tespit edilmiş olan esaslar dahilinde bir mahkûmiyet kararı elde etme hakkını ikame etmek⁵². Bunun neticesi olarak ta, bir uyuşmazlık *litis contestatio*'yla saptandıktan sonra, bu uyuşmazlığa neden olan hukukî ilişkiye dayanılarak ikinci defa dâva açılmazdı. Zira, *formula*'nın kabulüyle taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi sona ermiş, yerine *litis contestatio*'dan doğan yeni bir hukukî ilişki, yâni mahkûmiyet veya beraat kararı verilinceye kadar dâvayı hâkim önünde yürütmek ve hâkimin kararına uymayı kabul etmek vecibesi kaim olmuştur⁵³. Modern hukukumuzda -ve *cognitio extra ordinem* usulünde- hâkimin kararından sonra meydana gelen bu neticeyi Romalılar "*bis de eadem re ne sit actio*" (aynı şey için iki defa dâva açılmaz) prensibiyle ifâde ediyorlardı. Bu prensip uyarınca, dâvacı, açmış olduğu dâvayı kaybettiği veya karar safhasına kadar yürütmediği takdirde,

52) MONIER, R. age., sh. 163, no. 127; GAUDEMET, J.: age., sh. 415; ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 65 vd.

53) G., Inst. III, 180, 181.

aynı uyuşmazlık için ikinci defa *praetor* önüne gidemezdi⁵⁴. Ancak, belirtmek gerekir ki, *litis contestatio*'nun bu hükümleri sadece *ius civile*'den doğan ve *iudicium legitimum*⁵⁵ ile ileri sürülen borç ilişkileri için -*ipso iure*- geçerli idi. Aynî dâvalarda (*actiones in rem*), *ius civile* tarafından öngörülmemiş ilişkiler dolayısıyla tanınan *actiones in factum*'larda (vakıya müstenit dâvalar) ve bir *ius civile* borcunun *iudicium imperio continens* dâvasının konusunu teşkil ettiği hallerde, *litis contestatio* sükût ettirici bir tesir icra etmez⁵⁶ ve dâvacı aynı konuda ikinci bir dâva açabilirdi. Maamafih, *praetor*'lar, *litis contestatio*'ya bağlanmış bir uyuşmazlığın mütemadiyen önlerine gelmesini önlemek için dâvalıya, duruma göre, *exceptio rei iudicatae* (karara bağlanmış uyuşmazlık def'i) veya *exceptio rei in iudicium deductae*'yi (*formula*'sı yapılmış uyuşmazlık def'i) ileri sürme imkânını vermişlerdi. *Litis contestatio*'nun ikinci önemli sonucu, hâkimin, dâvacının haklı olup olmadığını ve mahkûmiyet miktarını tâyin etmek için *litis contestatio*'nun yapıldığı anı nazarı itibara almak zorunda olması idi. Diğer bir deyişle hâkim, *litis contestatio*'dan sonra ortaya çıkan yeni durumları karar verirken gözönüne alamazdı. *Litis contestatio*'nun üçüncü sonucu, dâvacının, uyuşmazlığa neden olan hakkının niteliği ve konusu ne olursa olsun, *litis contestatio*'dan sonra elde edebileceği tek şey, hâkimin, *formula*'ya dayanarak, dâvalıyı mahkûm edeceği para miktarı idi. Şu halde, *formula* usulünde câri olan ve dâvalının mahkûmiyetinin mutlaka bir miktar paraya ilişkin olmasını emreden kural, *litis contestatio* muamelesinin tekemmül etmesiyle hükmünü icra etmeye başlardı.

Litis contestatio muamelesinin yapılmasıyla *formula* usulünün ilk aşaması olan *in iure* aşaması sona ererdi. *Apud iudicem* veya *in iudicio* (hâkim önündeki) adı verilen ikinci aşama taraflarca seçilen ve *magistra* tarafından tâyin edilen hâkim -veya hâkimle-

54) G., Inst. IV ,123.

55) **Iudicium legitimum** (kanuna müstenit dâva), Roma dahilinde veya bir mil civarında, Roma vatandaşları arasında baş gösteren ve Roma vatandaşı olan bir tek hususî hâkimle (**unus iudex**) yürütülen dâvadır. Bu unsurlardan birisinin yokluğu hâlinde **iudicium**, **iudicium impero continens** olarak adlandırılırdı. Bkz. MONIER, R.: age., sh. 166, no. 128.

56) G., Inst. III, 181; IV, 107.

rin- önünde cereyan ederdi. Bu safhada dâva, *formula*'da tespit edilmiş bulunan esaslar çerçevesinde cereyan eder ve hâkimin kararı (*sententia*) ile sona ererdi. *Apud iudicem* aşamasında hazır bulunmayan ve yerine bir vekil de yollamayan taraf dâvayı kural olarak kaybetmiş sayılırdı⁵⁷. Hâkimin görevi, esas itibarıyla, ileri sürülen vakıaların doğru olup olmadıklarını tetkikten ibaretti. Ve bunu yaparken hâkim, biçimsel kurallarla bağlı değildi. Taraflar, hâkimi ikna edebilmek için, her türlü ispat vasıtasına baş vurabilirlerdi. Kural olarak, ispat külfeti dâvacıya aitti (*actori incumbit probatio* : ispat dâvacıya düşer). Ancak, dâvalı da, mukabil iddialar ileri sürdüğü takdirde, iddialarını ispat etmek yükü altına girerdi (*reus in excipiendi fit actor*: Def'i ileri süren dâvalı, dâvacı durumuna geçer). Hâkim, asıl olarak, tarafların *formula*'da ileri sürdükleri vakıaların doğru olup olmadıklarını araştırmakla beraber, halledilmesi gereken hukuki meselelerle de karşı karşıya kalabilirdi. Bu gibi durumlarda hâkim, hukukçuların görüşlerini alabilirdi. Fakat, bu görüşler kendisini bağlamazdı. Günümüz hâkiminden farklı olarak, *formula* sistemindeki Roma hâkimi, uyuşmazlık hakkında yeteri kadar kanaat edinemediği hallerde, uyuşmazlığın kendisi için açık olmadığına yemin ederek (*iurare sibi non liquere*) hüküm vermekten kaçınabilirdi. Bu taktirde *praetor*, tarafların üzerinde anlaştikları bir başka kişiyi hâkim olarak tâyin ederdi. Buna mukabil hâkim, dâvayı yürütüp sonuçlandırmayı tercih ettiği taktirde, *formula*'daki tâlimatla sıkı sıkıya bağlı idi. Bu nedenle, hâkim, tespit ettiği vakıalar *formula*'da ileri sürülen vakıalarla aynı değilse, dâvalıyı beraat ettirmek zorundaydı. Örneğin dâvacı, belli bir mal yerine yanlılıkla başka bir malı talep etmişse, hâkim hatayı düzeltemez ve iddia yanlış olduğundan dâvalı beraat ederdi⁵⁸. Aynı kural, *formula*'nın *intentio* kısmında belirtilen talebin hakikatkinden fazla olduğunun tespiti hâlinde de uygulanırdı ki, bu

57) Bkz. MONIER, R.: age., sh. 174 vd., no. 137 vd. Karş. GAUDEMET, J.: age., sh. 416; ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 69.

58) Fakat, dâvacı yeni bir dâva açabilirdi. (G., Inst .IV, 55); zira, bu durumda, **formula** dâvacının gerçek iddiasını yansıtmadığından, **litis contestatio**'nun dâvacının hakkını sükût ettirici bir etki yapması söz konusu olamazdı.

duruma *plus petitio* (fazla talep) denirdi⁵⁹. Konusu bir miktar para veya muayyen bir eşya olan şahsi dâvalarda oldukça sık görülen bir durum olan *plus petitio*, dâvacının, hakkı olmayan bir şeyi talep etmesi olarak tanımlanır ve dört şekilde ortaya çıkabilirdi: *plus petitio re* (dâva mevzuundan fazla talep; yâni talep edilen meblağ yahut miktarın alacaktan fazla olması); *plus petitio tempore* (vâdeden evvel talep; yâni borç daha muaccel olmadan dâva açılması); *plus petitio loco* (yer itibarıyla fazla talep; yâni borcun, kararlaştırılandan başka bir yerde ifa edilmesinin istenmesi); *plus petitio causa* (herhangi bir şekilde dâvalının durumu ağırlaştırılarak alacağın niteliğinin değiştirilmesi)⁶⁰. Bütün bu hallerde, *formula*'ya bağlılık kuralı uyarınca dâvacı dâvasını kaybederdi. Durumu düzeltmek için dâvacının *restitutio in integrum*'a (eski hâle iade) başvurması düşünülebilirse de, bu yol da, *restitutio in integrum praetor*'lar tarafından çok nâdiren uygulandığından (*auxilium extraordinarium*: olağanüstü vasıta), dâvacıya fiilen kapalı idi. Öte yandan, *litis contestatio*'nun sükût ettirici hükmü nedeniyle dâvacının, talebini düzelterek yeni bir dâva açması imkânı da yoktu. *Formula*'ya bağlı kalınması prensibinin bir diğer sonucu da, bir def'in doğruluğunu tespit eden hâkimin, buna bağlı olarak, mahkûmiyet miktarını azaltamaması idi. Bu durumda hâkim, dâvalıyı beraat ettirmek zorunda kalırdı. Yine aynı prensip uyarınca, *litis contestatio*'dan hükmün verilmesine kadar geçen zaman zarfında borcun ifa edilmesi hâlinde bile dâvalının mahkûm edilmesi gerekiyordu. Söz konusu prensibin bir başka sonucu da, *formula* sadece dâvalıyı mahkûm etme yetkisini verdiğiinden, hâkimin, kural olarak, dâvacıyı mahkûm edememesiydi. Ancak, şunu da belirtmek gerekir ki, *formula*'ya sadakat prensibinin katılığı zamanla yu-

59) Bir de *minus petitio* (az talep) vardı ki, bu da, *formula*'daki talebin dâvacının gerçekte istemesi gereken miktardan daha az olduğunun anlaşılması hâlinde söz konusu olurdu. Hâkim, bu durumda, dâvalıyı *formula*'da saptanmış olan miktara mahkûm etmekle yükümlü olurdu. Dâvacı, alacağının kalan kısmı için yeni bir dâva açabilirdi; ancak, ikinci dâvayı, ilk dâvayı görmüş olan *praetor*'un görev müddeti bitmeden açarsa, kendisine karşı *exceptio litis dividuae* (bölünmüş dâvanın def'i) dermeyan edilebilirdi.

60) G., Inst. IV, 53 ve 54.

muşatıldı. Özellikle *actiones bonae fidei*'lerin (hüsnüniyet dâvaları) *formula*'larına ilâve edilen *ex fide bona* (hüsnüniyet neyi icap ettiriyorsa) kaydıyla hâkimin takdir yetkisi genişletildi ve kendisine *litis contestatio*'dan sonra vuku bulan değişiklik ve olayları, özellikle dâva konusu borcun rızaen ifasını⁶¹ nazarı itibara almak ve mahkûmiyet miktarını bizzat saptamak imkânı verildi. Ayrıca, aynı dâvalarda, *litis contestatio*'dan sonra uyuşmazlık konusu şeyi iade eden dâvalının beraat ettirilmesi kabul edildi.

Hâkim, tarafları dinleyip delilleri değerlendirdikten sonra uyuşmazlık hakkındaki kararını (*sententia*) verir ve böylece *formula* usulünün ikinci ve nihaî aşaması olan *apud iudicem* aşaması son bulurdu. Hâkim, uyuşmazlığı belirli bir müddet zarfında karara bağlamak zorundaydı. Bu müddet: *iudicium legitimum*'da *litis contestatio*'dan itibaren on sekiz ay; *iudicium imperio continens*'de ise *formula*'yı veren *magistra*'nın görev süresi kadardı. Hâkim, bu müddetler zarfında karar vermezse, dâva ilişkisi sükût eder ve dâvacı yeni bir dâva açamazdı⁶².

Hâkimin kararı önceleri bir şekle tâbi değildi. Fakat, giderek, kararın taraflara yazılı olarak verilmesi usulü yerleşti. Maamafih, bu husus bir geçerlilik şartı değildi; önemi sadece ispat bakımındandı. Hâkimin kararı dâvalının beraat ettirilmesi (*absolvere*) veya mahkûm edilmesi (*condemnare*) şeklinde tezâhür ederdi. Ancak, her iki halde de hâkim, biraz önce de belirttiğimiz gibi, *formula*'daki tâlimata uygun bir karar vermek zorundaydı; *formula*'daki emrin dışına çıkması söz konusu olamazdı. *Formula* usulünde mahkûmiyet dâima bir miktar paraya ilişkindi⁶³; dâvalının, dâva konusu hakkın aynen yerine getirilmesine mahkûm edilmesi mümkün değildi. Kararın verilmesiyle hâkimin görevi sona ererdi. Hâkimin kararı kural olarak kesindi; zira tarafların bizzat anlaşarak seçtikleri hususî hâkimin kararına itiraz etmeleri düşünülemezdi. Her ne kadar Principatus (İlk İmparatorluk) Döneminde, kaybeden tarafa, kararın yeniden gözden geçirilmesini sağlamak amacıyla im-

61) G., Inst. IV, 114.

62) ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 69; DI MARZO, S.: age., sh. 131.

63) G., Inst. IV, 48.

paratora başvurma imkânı verilmişse de, bu imkân düzenli ve istikrarlı bir şekilde işlememişti⁶⁴.

Verilen karar önemli hukukî sonuçlar doğururdu. Her şeyden evvel, dâvalının mahkûmiyeti hâlinde, *litis contestatio*'nun dâvalıya yüklediği şarta bağlı yükümlülük sona erer ve yerine, kararda belirtilen para miktarını ödeme borcu geçerdi⁶⁵. Diğer taraftan, karara bağlanmış bir uyuşmazlık (*res iudicata*) tekrar dâva konusu olamazdı. Hâkimin kararı (*sententia*), bu karara konu olan anlaşmazlığa dayanılarak başka bir istekte bulunulmasına veya başka bir dâva açılmasına da engel olurdu. Bütün bu hallerde dâvalı, *exceptio rei iudicatae*'yi (karara bağlanmış uyuşmazlık def'i) ileri sürebilirdi. Böylece aynı uyuşmazlık hakkında değişik hükümler verilmemesi ve hâkim kararlarının otoritesinin bozulmaması sağlanmış olurdu. Şunu da belirtelim ki, bu def'in ileri sürülebilmesi için yeni dâvanın konusunu teşkil eden meselenin ve yeni dâvanın taraflarının, karara bağlanmış olan dâvaninkilerle aynı olması gerekirdi⁶⁶.

Kararın icrasına gelince; kararda mahkûm edildiği para miktarı kadar borç altına giren dâvalı, bu borcunu otuz gün zarfında ödemezse, dâvacı, kendisine karşı, *legis actio*'lar usulündeki *legis actio per manus iniunctionem*'in yerini almış bulunan ve bu dâvaya nazaran daha yumuşak bir nitelik taşıyan *actio iudicati* vasıtasıyla icraya geçerdi.

Görüldüğü üzere, *formula* usulü, hem *magistra*'lar, hem de taraflar bakımından bazı avantajlar arz ediyordu. Nitekim, bu usulün esnekliği sâyesinde, *magistra*'lar hayatın değişen ihtiyaçlarına cevap verebiliyor ve tanıdıkları yeni formüller vasıtasıyla hukukun gelişmesini sağlıyorlardı. Taraflar da, dâvaya en ufak bir etkisi olmayan küçük bir şekil hatası yüzünden haklarını kaybetmek tehlikesiyle karşı karşıya bulunmuyorlardı. Bu usulün şekil yönünden önem taşıyan yegâne işlemi, *formula*'yı kaleme alırken

64) MONIER, R.: age., sh. 189, no. 148; GAUDEMET, J.: age., sh. 420 vd.; DI MARZO, S.: age., sh. 132.

65) Bkz. yukarıda sh. 354 ve 355.

66) Bkz. MONIER, R.: age., sh. 170, no. 133; GAUDEMET, J.: age., sh. 420; UMUR, Z.: age., sh. 616.

magistra yapıyordu⁶⁷. *Formula* usulünde tarafların özellikle dikkat etmeleri gereken kayda değer tek biçimsel husus, iddia ve mukabil iddialarını *magistra* önünde hatasız olarak beyan etmekten ibaretti. Zira, *magistra, formula*'yı bu beyanlara istinaden kaleme alır ve hatta, çok kere, tarafların üzerinde anlaşıp müştereken teklif ettikleri *formula* taslağını onaylamakla yetinirdi. Bu itibarla, ve evvelden de gördüğümüz gibi, iddiaların *formula*'ya aktarılmasındaki en ufak hata dâvanın ve hakkın kaybı sonucunu doğururdu. İşte, *legis actio*'lar usulüne hâkim şekilcilikle mukayese edildiğinde hiç te önemli olmayan bu şekilcilik, *formula*'nın, Romalılar tarafından, "tehlikeli bir takım kelime oyunları" olarak addedilmesine ve, zaten, *praetor edictum*'unun *perpetuum* (daimî) bir hal almasıyla esnekliğinden ve yaratıcı niteliğinden çok şey kaybetmiş olan *formula* usulünün yerini *Cognitio Extra Ordinem*'in (Nizam Harici Usul) olmasına yol açtı.

III. COGNITIO EXTRA ORDINEM

Principatus (İlk İmparatorluk) Döneminin daha başından itibaren, imparator, özel şahıslar arasında beliren ve uzaktan ya da yakından devlet yönetimini ilgilendiren uyuşmazlıkların hallini kendi görev alanına dahil etmişti. Çok kere geniş takdir yetkisi gerektiren ve diğer işlere nazaran ayrı bir önemi hâiz olduğu için özel hâkimlere bırakılması düşünülemeyen bu uyuşmazlıkların halli işini imparatorlar kendi mâiyetinde bulunan ve devlet memuru statüsünde olan hâkimlere tevdi ederlerdi. Bu hâkimler de söz konusu uyuşmazlıkları yürürlükteki maddî hukuk ve usul hukuku kurallarıyla bağlı olmaksızın tetkik eder ve sonuçlandırırıldardı. İşte bu yüzden, yâni normal usul olan *Ordo Iudiciorum Privatorum*'un dışında kaldığından, bu yeni usul sistemine *Cognitio Extra Ordinem* (Nizam Harici Usul) adı verildi. Yeni sistemin özelliği, dâvanın tek bir aşamada ve devlet memuru statüsündeki kişiler tarafından yürütülüp sonuçlandırılmasıydı.

Yeni sistem eyaletlerde çok çabuk yayılmaya ve gelişmeye başladı. İmparatorun eyaletlerdeki temsilcisi olan vâliler yargı alanının-

67) Ancak, iddiaların *formula*'da doğru olarak belirtilmesine dikkat etmek gerekirdi; bkz. yukarıda sh. 348.

da kural olarak geniş yetkilere sahiptiler. Roma'daki hukuk usullerini genellikle zamanında ve yakından takip edemeyen eyalet vâli-leri için, bu yetkilerine dayanarak ve biraz da, Roma'nın hâkimi-yetini ve kudretini daha iyi gösterdiği inancıyla, önlerine gelen uyuşmazlıkları şahsen çözümlmek veya mâiyetlerindeki memurlara gördürmek olağan bir hal almıştı.

Yeni usulün, Roma şehri ve civarında, *ius civile'nin* öngörmediği ve *ordo iudiciorum privatorum'un* da himaye etmediği bazı fer-di münasebetlerde kullanılması fazla gecikmedi. Nitekim, daha Augustus zamanında, bir nevi muayyen mal vasiyeti olan ve *ius civile'nin* hukuki bir sonuç bağlamadığı *fideicommissium'un* hukuki bir mecburiyet hâline getirilmesini sağlamak için yeni bir *praetor'luk* (*praetor fideicommissarius*) ihdas edilmiş ve hak sahiplerinin bu *praetor* nezdinde *extra ordinem* usulle talepte bulunabilecekleri kabul edilmişti. Bu uygulama, avukatlık, doktorluk, öğretmenlik gibi, ücret karşılığında yapılması imkânı *ius civile'de* öngörülmemiş faaliyetlerden doğan ücret (*honorarium*) uyuşmazlıkları için de benimsendi ve bu uyuşmazlıkların *extra ordinem* usulle çözümlenmesi görevi, sırf bu amaçla ihdas olunan *magistra'lıklara* tevdi edildi. Bir müddet sonra, nafaka ve vesayet türünden, toplumu yakından ilgilendiren uyuşmazlıkların da *extra ordinem* usulle halledilmesi yoluna gidildi. Principatus (İlk İmparatorluk) Dönemi boyunca, *cognitio extra ordinem'in* kapsamına giren hallerin sayısı gittikçe arttı. Bu gelişmeler karşısında, vatandaşlara, *ordo iudiciorum privatorum* ile *cognitio extra ordinem* arasında seçme hakkı tanındı. Ancak, belirtmek gerekir ki, imparatorlar, yargı fonksiyonunun devlet memuru statüsündeki hâkimler tarafından yerine getirildiği *cognitio extra ordinem'i*, merkezi idarenin kuvvetini daha iyi hissettirdiği için açıkça teşvik ediyorlardı. Yeni usul vatandaşlar tarafından da tercih ediliyordu. Zira, bu usulde, bir *formula'yla* bağlı olmayan hâkimin takdir yetkisi çok daha geniştir. Ayrıca, yeni sistemde, dâvalı da mukabil isteklerde bulunabiliyordu. Diğer taraftan, yeni usulde, mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olması gerekmiyor ve, bu itibarla, dâvacı daha tatminkâr ve âdilane sonuçlar elde edebiliyordu. Nihayet, yeni sistemde, taraflar hâkimin kararına bir üst makam nezdinde itiraz edebiliyorlardı. Bütün bu nedenler, 3 ncü asırda *extra ordinem* usulün önce eyaletlerde,

sonra da Roma ve civarında *formula* usulünün tamamıyla yerine geçmesi sonucunu doğurdu. Ve MS 342 yılında da, Constans ve Constantius'un çıkardıkları bir emirnameyle fiilî durum yasallaştırıldı ve *formula* usulü lağvedildi. Böylece, 4 ncü asırdan itibaren, *cognitio extra ordinem* Roma İmparatorluğunda uygulanan tek usul oldu⁶⁸.

Yeni usulün, *legis actio*'lar usulü ile *formula* usulüne oranla belirgin üç özelliği vardı. Birinci özellik, *cognitio extra ordinem*'de dâvanın tek bir safhada görülmesi, diğer bir deyişle bu usulde, *legis actio*'lar ve *formula* usullerinde olduğu gibi, *in iure* ve *apud iudicem* şeklinde iki safha bulunmaması idi. İkinci özellik, dâvanın, başından sonuna kadar, önceleri bizzat *praetor*, sonraları da imparator tarafından tâyin edilen ve doğrudan doğruya ona bağlı bulunan bir memur önünde cereyan etmesiydi. Demek ki, *cognitio extra ordinem*'in ortaya çıkmasıyla Devlet, adaleti kendi organlarıyla tevzi etmeye başlamış ve bu usulün İmparatorlukta geçerli tek usul olarak kabulüyle de Devlet, hususi himaye sistemini kaldırarak, adaletin tevzii işini tamamen üstlenmiş olmaktadır. *Cognitio extra ordinem*'in üçüncü önemli özelliği, adaleti tevzi eden hâkimler arasında bir mertebe silsilesinin mevcut olması ve buna bağlı olarak yeni usulde temyiz müessesesinin ortaya çıkmasıdır.

Bu özellikler, bize, *cognitio extra ordinem*'deki yargı teşkilâtının *legis actio*'lar ve *formula* usullerindeki yargı teşkilatından çok farklı olduğunu göstermektedir. Nitekim, *cognitio extra ordinem*'de hâkimlik vazifesi artık hususi şahıs statüsündeki kimseler tarafından değil, devlet memuru sıfatını hâiz hâkimler tarafından yerine getiriliyordu. Bu uygulamanın kökeni, Principatus (İlk İmparatorluk) Devrinde, *princeps*'lerin, bazı dâvaların görülmesini *praetor*'ların yetki alanından çıkararak kendi mâiyetlerindeki me-

68) Ancak, Dominatus (Son İmparatorluk) Devrinde, *cognitio extra ordinem*'in yanında, istisnai hallerde, bazı özel muhakeme usulleri de uygulanıyordu. Bunlar : **Per rescriptum principis** (imparatorun yazılı cevabıyla) usulü; **summaria cognitio** (kısa muhakeme usulü); **episcopalis audientia** (piskopos önünde yargılama) usulü idi. Bkz. ARANGIO - RUIZ, V.: age., sh. 156 vd.; DI MARZO, S.: age. sh. 148 vd.; UMUR, Z.: age., sh. 651 vd.; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö. age., sh. 364 vd.

murlara vermelerine dayanıyordu. Dominatus (Son İmparatorluk) Döneminin başında *praetor*'luk makamı kaldırılınca, artık, ayırım yapılmadan, bütün dâvalara, imparatora bağlı olarak çalışan ve onun temsilcisi sıfatıyla onun adına hareket eden devlet memuru hâkimler bakmaya başladılar. Her ne kadar dâva açmak isteyen fertler, devletin diğer fonksiyonları gibi yargı fonksiyonunu da merkezileştirerek uhdesinde toplayan imparatora doğrudan doğruya başvurabiliyorlarsa da, imparator, bu şekilde önüne gelen uyuşmazlıkları nâdiren bizzat çözüp karara bağlıyor, genel olarak bu işi kendisine bağlı devlet memuru hâkimlere bırakıyordu. İşte, devlet memuru-hâkim kavramı bu şekilde gelişti ve yerleşti. Ancak, Romalılar, hâkimleri hep imparatora, yâni yürütme organına bağlı memurlar olarak gördüler ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini koyamadılar. *Cognitio extra ordinem*'de hâkimler arasında bir mertebeli silsilesi vardı. Bu silsilenin altında *iudices ordinarii* (alelâde hâkimler) bulunurdu. *Iudex ordinarius*'lar bidâyet mahkemesi hâkimi olarak vazife görürlerdi. Roma ve İstanbul'da (Constantinopolis), *iudex ordinarius* makamını vâli (*praefectus urbi*) işgal ederdi. Eyaletlerde ise, değeri 300 altın sikkeyi aşan dâvaları (*maiores causae*) bizzat eyalet vâlileri (*praeses*) yürütür ve karara bağlardı; eyalet vâlisi, meşgul olduğu için bakamadığı dâvaları, kendisi tarafından atanmış olan ve kendisine bağlı olarak çalışan *iudex pedaneus*'a havale ederdi. Değeri 300 altın sikkenin altında olan dâvaları (*minores causae*) ise, önceleri, bir *municipium magistra*'sı olan *duoviri iure dicundo*, Dominatus (Son İmparatorluk) Döneminin sonuna doğru da ,artık tamamen imparatora bağlı bir memur hâline gelen *defensor civitatis* görürdü. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı itiraz mercii olan yüksek dereceli hâkimler, Doğu İmparatoru ve Batı İmparatoru ile İmparatorluğu meydana getiren dört mıntıkanın (*praefecturae*) başındaki *praefectus praetorio*'lardan ibaretti.

Cognitio extra ordinem'de dâvanın açılması dâvacının isteği üzerine olurdu. Ancak, diğer usullerin aksine, yeni usulde, dâvalının mahkemeye gelmesini sağlamak dâvacıya ait bir iş olmaktan çıkmış, Devletin iştirakiyle yapılan bir muamele hâline gelmişti. Nitekim, daha Principatus (İlk İmparatorluk) Döneminin başından beri, dâvalının mahkemeye dâveti magistra tarafından yapılmak (*denuntiationibus et edictis et litteris*) suretiyle resmileşmişti. Her

ne kadar, bir ara, hususî niteliği ağır basan bir dâvet usulü (*denuntiatio ex auctoritate*) eyaletlerdeki uygulamaların etkisiyle İtalya'da rağbet görmeye başlamışsa da, MS 322 yılında, Contantinus'un bir emirnâmesiyle, *magistra*'nın onayından sonra dâvalının dâvacı tarafından şahitler huzurunda mahkemeye çağrılmasından ibaret olan bu hususî dâvet usulü (*privato testatio*) lâğvedilerek resmî dâvet usulü İmparatorlukta geçerli tek usul olarak kabul edilmişti, Modern hukukçular tarafından *litis denuntiatio* (dâvanın ihbarı) olarak adlandırılan bu usulde, mahkemenin görevli memuru talebi kaydeder ve bir yazıyla, dâvalıya, dâvacının iddialarının özetini ve dört ay içinde hâkimin önünde hazır bulunması gerektiğini bildirirdi⁶⁹. Dâvalı, bu süre içinde dâvete icabet etmediği takdirde dâvaya gıyabında (*contumacia*) devam olunurdu. Iustinianus Devrinde *litis denuntiatio* sistemi yerini *libellus conventionis* (dâvaya icabet mektubu) usulüne bıraktı. *Libellus*, dâvalının mahkemeye celti için hâkime hitaben yazılmış bir dilekçe idi. *Libellus*'ta dâvacı, dâva etmek istediği kişinin kimliğini, iddialarını, bu iddiaların hukuki mesnedini ve talebini, herhangi bir şekle bağlı olmadan bildirirdi. Hâkim, *libellus*'u okuduktan sonra, hukuka veya ahlâka aykırı bir husus ihtiva etmediği kanaatine varırsa, dâvalının mahkemeye dâvetini emrederdi. Bunun üzerine, hazırlanan dâvet yazısı, *libellus*'la birlikte, Iustinianus'tan evvel mahkeme kalemi memurlarından biri (*viator*), Iustinianus'tan itibaren de bir askeri memur (*exsecutor*) tarafından dâvalıya tebliğ edilirdi. Tebliği yapan memur aynı zamanda dâvalıya, ikame olunan dâvanın ismini de bildirirdi (*editio actionis*). Bu durumda dâvalının dâvacıyı tatmin veya iddiaları reddederek bir *libellus contradictionis*'le (cevap lâyihası; itiraz mektubu) kendini savunmaktan başka seçeneği yoktu. Her iki halde de bunu, dâvet yazısının tebliğinden itibaren 20 gün içinde yapmak zorundaydı.

Dâvanın cereyanı usulü, tarafların hâkim önünde hazır bulunup bulunmamalarına göre değişirdi. Dâvalı, üç ihtar rağmen hâkim önüne gelmez bir vekil (*procurator*) de göndermezse, dâva gıyabında görülürdü. Ancak, bu, dâvalının mutlaka mahkûm edileceği an-

69) Eğer dâvalının adresi bilinmiyorsa, bu çağrı ilân yoluyla da yapılabilirdi.

lamına gelmezdi; dâvacı yine iddialarını ispatla yükümlü idi ve ispatlayamadığı taktirde de, dâva gıyabında cereyan eden dâvalı le-raat ederdi. Demek ki, bu usulde, adaletin Devlet tarafından tev-zii ilkesi, hazır bulunmayan tarafın dahi haklarının Devlet tarafın-dan korunmasının sağlanması şeklinde anlaşılıyordu. *Dâvacının, litis contestatio*'dan evvel veya sonra, dâvasını takip etmemesi hâlinde de aynı kurallar uygulanırdı. Dâvacı, ayrıca, dâvalının bu yüzden uğradığı bütün zararları tazmin etmeye mahkûm edilebilirdi.

Kural olarak, taraflar duruşmada bizzat hazır bulunmak zorun-daydılar. Maamafih, kendilerini bir *procurator*'la temsil ettirme imkânına da sahiptiler⁷⁰. Dâvanın cereyanı sırasında halk mahke-meden tahta veya bez bir perdeyle ayrılırdı; bu perde hüküm tef-him edilirken açılır ve aleniyet sağlanırdı.

Dâvalı, *exceptio dilatoria*'lar ile yetki itirazını dâvanın başın-da dermeyeran etmek zorundaydı⁷¹.

Bundan sonra, esas duruşma başlardı. Dâvacı ve dâvalı vakıa-ları kendi zâviyelerinden izah ederlerdi. *Narratio* (hâdiseyi anlat-ma) ve *contradictio* (mukabele) denilen bu açıklamalar dâvanın tespitine (*litis contestatio*) yönelikti⁷². Ancak, dâvanın eski "hususî" niteliği ortadan kalktığından, *litis contestatio* da taraflar arasında mutabakat niteliğini kaybetmiş ve *formula* usulünde hâiz olduğu önemi büyük ölçüde yitirerek bir usul işleminden ziyade yargıla-manın alelâde bir "an"ı hâline gelmişti. Nitekim, hâkim, kural ola-rak, uyuşmazlığı, *litis contestatio*'daki hâliyle değil, dâvalının, kendisine karşı açılan dâvaya ait tebligatı aldığı zamanki hâliyle hükme bağlamak zorundaydı. Ayrıca, hâkim, *formula* gibi bir belgeyle bağlı olmadığından ve *litis contestatio* da kendisini bağla-yıcı bir nitelik taşımadığından, dâvacı, mevzu, yer veya sebep üze-rindeki fazla taleplerini (*plus petitio re, loco causa*) dâva sırasında

70) Iustinianus'tan hemen evvel *cognitor* müessesesi ortadan kalk-mıştı.

71) DI MARZO, S.: age., sh. 145. Karş. MONIER, R.: age., sh. 196 no. 155; UMUR, Z.: age., sh. 641.

72) Karş. MONIER, R. age., sh. 197, no. 156; ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 95 vd.; BERKİ, Ş.: Roma Hukuku, Ankara 1949, sh. 92

düzeltebilirdi. Miktar üzerindeki fazla talep (*plus petitio quantitate*) ise ancak dâvalının bu yüzden uğradığı zararların tazmin edilmesi şartıyla düzeltilebilirdi. Zamana müteallik fazla talep (*plus petitio tempore*) daima dâvanın kaybını gerektirirdi. Hâkim de açılmış olan dâvanın çeşidini *postulatio simplex*'ten evvel düzeltebilir veya değiştirebilirdi⁷³. Özellikle, *litis contestatio*'nun borcu sükût ettirici hükmü artık mevcut değildi⁷⁴. Bu itibarla, *litis contestatio*'su yapıp, herhangi bir nedenle sonuçlandırılmamış bir dâva yeniden açılabilirdi.

Narratio ve contradictio'dan sonra, taraflar ve avukatları, haklılıklarına samimî olarak inandıklarına ve mahkemeyi boşuna uğraştırmadıklarına İncil üzerine yemin ederlerdi (*iusiurandum calumniae*). Bunun üzerine dâvacı veya vekili, taleplerini ve bunların hukuki dayanaklarını sıralayarak, hâkim önünde "dâva nevi"ni dâvalıya bildirirdi (*postulatio simplex*). Dâvalı veya vekili de dâvacının ileri sürdüğü hakkı redderek mukabil taleplerini açıklardı (*responsio*). Böylece, uyuşmazlık, delillerin ikamesinden sonra karara bağlanmaya hazır hâle gelirdi.

Cognitio extra ordinem'de, dâvacı ileri sürdüğü iddiaları, dâvalı da dermeyan ettiği *exceptio*'ları ispat etmek durumunda idi. Delillerin takdirinde hâkimler *formula* usulünde olduğu gibi serbest değillerdi. Zira, niteliklerine göre delillere verilecek değer imparatorlar tarafından kurala bağlanmıştı. Bu açıdan, ve yazılı şeklin gelişmesine paralel olarak, özellikle yazılı ispat vasıtaları büyük önem kazanmışlardı. Bunlardan, devlet memurlarının görev sırasında tanzim ettikleri resmî senet sayılır ve kesin delil teşkil ederlerdi. Bugünkü noterlere benzeyen *tabelliones*'ler tarafından hazırlanan vesikalar ise, *tabellio*, vesikanın tarafların iradelerine uygun olarak hazırlandığını yeminle teyit ederse, kesin delil sayılırlardı. Adî senetlere gelince; en az üç şahidin imzasını taşıdıkları taktirde *tabelliones*'ler tarafından düzenlenen vesikalarla eşdeğerde tutulurlardı. İmparatorluk mevzuatı, şahitle ispatı kuşkuyla karşılardı. Özellikle, sosyal durumu ne kadar yüksek olursa olsun, bir tek şahidin

73) MONIER, R.: age., sh. 197, no. 156. Karş. UMUR, Z.: age., sh. 640; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: age., sh. 358 vd.

74) *Litis contestatio*'nun sükût ettirici ve yenileyici etkisi Iustinianus'un MS 531 tarihli bir emirnâmesiyle kaldırılmıştı.

şahadetine itibar edilmezdi (*testis unus, testis nullus*: Bir tek şahit, şahit yok demektir). İustinianus'un *Codex*'inde, yazılı delil karşısında şahadetin hükümsüz olduğu ilkesi benimsenmişti⁷⁵. Hâkim, taraflara, taraflar da birbirlerine, her mevzuda soru sorabilirlerdi (*interrogationes*). Hâkim önünde ikrar (*confessio in iure*), hem şahsî hem de aynî dâvalarda, başka araştırma yapılmaksızın, kural olarak mahkûmiyet sonucunu doğururdu. *Cognitio extra ordinem*'de yemin de önemli bir ispat vasıtası hâline gelmişti. Kendisine yemin teklif edilen taraf, yemini edâ etmez ve teklif edene de reddetmezse, yemin konusu vakıyı ikrar etmiş sayılır ve dâvayı kaybederdi. İustinianus hukukunda, hâkim de, iddiasını yeteri kadar ispat edememiş olan tarafa⁷⁶ resen yemin teklif edebilirdi (tamamlayıcı yemin); yemin edâ edildiği takdirde, yemin konusu vakıya kural olarak ispat edilmiş sayılırdı. Hâkimi bağlayan bir diğer kayıt ta karinelere (*praesumptiones*). Bunlar, bir vakıanın mevcudiyetini doğrudan doğruya ispat etmemekle beraber, muhtemel kılan alâmetlerdi. Hâkimin kendi kanaatine istinaden serbestçe gözönüne aldığı karinelere *praesumptiones hominis* (hâkimin kanaatine müstenit karinelere) ve kanun tarafından karine olarak tasrih edildiği için hâkimi bağlayan karinelere de *praesumptiones iuris et de iure* (kat'î karinelere) denirdi.

Delillerin ibrazından ve incelenmesinden sonra, hâkim, edindiği kanaate göre, uyuşmazlık hakkında karar (*sententia*) verirdi. Hâkim, bir devlet memuru olduğundan, karar, Devlet iradesinin bir ifâdesiydi. Kararın yazılı olması⁷⁷ ve taraflara alenen okunması⁷⁸ gerekirdi. Hâkim, kararını verirken, sadece kanunla bağlıydı. Bu itibarla ve *cognitio extra ordinem*'de hâkimi bağlayan *formula* gibi yazılı bir belge bulunmadığından, hâkim, *formula* usulü hâkimine oranla, hakkaniyete daha uygun kararlar verebilirdi⁷⁹. Nitekim, *cognitio extra ordinem*'de, mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin ol-

75) ARANGIO - RUIZ, V.: Les actions, sh. 96; DI MARZO, S.: age., sh. 145. Karş. MONIER, R.: age., sh. 199, no. 158.

76) Bu durumda, Klâsik Devirde, hâkim dâvalıyı beraat ettirmek zorunda kalırdı.

77) C., VII, 44, 1.

78) C., VII, 43.

79) Karş. BERKİ, Ş.: age., sh. 94.

ması gerekmez, aksine, kural olarak, dâvacının iddiasının doğrudan doğruya, aynen tatminine (*ad ipsam rem*) yönelik bulunması gerekirdi⁸⁰. Günümüzde olduğu gibi, hâkim, sadece aynen ifanın imkânsız olduğu durumlarda dâvalıyı belli bir miktar paranın verilmesine mahkûm edebilirdi. Öte yandan, dâva devam ederken, dâvacının ileri sürdüğü iddiayı yerine getiren dâvalı, açılmış olan dâvanın türü ne olursa olsun beraat ederdi. Diğer taraftan, dâvacının talebinin aşırı (*plus petitio*) veya bir def'in (*exceptio*) yerinde olduğunu gören hâkim, *formula* usulünde olduğu gibi, dâvalıyı beraat ettirmek zorunda değildi; dâvacının talebinden daha azına hükmedebilir, hatta, dâvalı bir karşılık dâva açmış ve bu dâva haklı görülmüşse, dâvacıyı mahkûm dahi edebilirdi. Karar (*sententia*) konusunda son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, hâkim, dâvayı kaybeden tarafı, kazanan tarafa mahkeme masraflarını ödemeye mahkûm ederdi⁸¹.

Cognitio extra ordinem'de, hâkimin kararına karşı itiraz, bugünkü istinafa benzeyen "*appellatio*" yoluyla olurdu. Evvelce de söylediğimiz gibi, *cognitio extra ordinem*'de, hepsi de devlet memuru olan hâkimler arasında mertebe silsilesi mevcuttu. İşte, *appellatio*, bir hâkimin verdiği kararın daha üst derecedeki bir başka hâkim tarafından, dâvanın yeniden tetkik edilmek suretiyle, gözden geçirilmesine imkân verirdi. Nasıl doğduğu tartışmalı olan ve çeşitli aşamalardan geçen *appellatio* müessesesi, Dominatus (Son İmparatorluk) Döneminin başlarında kesin şeklini aldı. Buna göre, ilk derece hâkiminin kararına itiraz etmek isteyen taraf, bu isteğini, kararı vermiş olan hâkime sözlü ya da yazılı (*libelli appellationii*) olarak bildirebilirdi. Sözlü *appellatio*'nun, kararın tefhim edildiği oturumda, tefhimden hemen sonra, yazılı *appellatio*'nun ise kararı izleyen on gün içinde yapılması gerekirdi⁸²; aksi taktirde, ilk derece hâkiminin kararı kesinleşirdi. Her iki halde de talep, kararı vermiş olan ilk derece hâkimine sunulur ve usulüne uygun olarak ya-

80) Iust., Inst. IV, 6, 32; C., VII, 4, 17.

81) C., III 1, 13, 6. Bu masrafların nelerden ibaret olduğu hususunda bkz. UMÜR, Z.: age., sh. 646 .

82) MONIER, R.: age., sh. 204 no. 161. Karş. ARANGIO - RUIZ, V.: age., sh. 154 vd.; DI MARZO, S.: age., sh. 147; UMÜR, Z.: age., sh. 648; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: age., sh. 361.

pılmış bir talep, hükmün icrasını durdururdu. Şayet hâkim, beş gün içinde, bu talepten üst derece hâkimini haberdar eden bir yazıyı talep sahibine vermezse, talep sahibi doğrudan doğruya üst derece hâkimine başvurabilir ve başvurusu yerinde görülerek ilk karar değiştirilirse, bu kararı vermiş olan ilk merci hâkimi cezalandırılırdı. Usulüne uygun olarak yapılmış bir *appellatio* üzerine, üst derece hâkimi dâvayı yeniden görür ve bunu yaparken de yeni delillere başvurabilir, bambaşka sonuçlara varabilir, hattâ talep sahibinin aleyhine, diğer tarafın lehine hüküm verebilirdi. *Appellatio* reddedildiği taktirde ilk hâkimin kararı kesinleşirdi. Ayrıca, talep sahibi para cezasına mahkûm edilirdi. *Appellatio* kabul edildiği taktirde, ilk karar ortadan kalkar ve üst derece hâkiminin kararı bu kararın yerini alırdı. Şunu da belirtmek gerekir ki, üst derece hâkiminin kararı kesin idi. Bu karara karşı kanun yolu mevcut değildi. Ayrıca, gerek niteliği itibarıyla kesin olan bu kararın, gerekse ilk derece hâkiminin şu veya bu şekilde kesinleşen kararının konusunu teşkil eden uyuşmazlık bir daha hâkim önüne getirilemezdi.

Hükmün icrasına gelince; *cognitio extra ordinem*'in en belirgin özelliklerinden biri, hükmün icrasının, Dominatus (Son İmparatorluk) Döneminden itibaren, genellikle Devlet tarafından sağlanmasıydı. Dâvalı, hükmü kendiliğinden infaz etmediği taktirde Devletin müdahalesi, dâvalıya karşı açılan ve artık bir icra dâvası niteliğini almış olan *actio iudicati* yoluyla olurdu. Bu dâva, mahkûmiyete ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren belli bir süre -İustinianus hukukunda 4 ay- geçtikten sonra açılabilirdi. Hükmün icra şekli, mahkûmiyet kararının konusuna ve dâvalının mâli durumuna göre değişirdi⁸³. Bu arada, belirtmek gerekir ki, İustinianus Döneminde dahi, hususi himaye sisteminin bir kalıntısı olarak, mallarının tamamını alacaklısına devretmemiş olan (*cessio bonorum*) veya mallarını saklayan aciz hâlindeki borçlunun şahsı üzerinde icra, bunu yasaklayan hükümlere rağmen, söz konusu olabilmekteydi⁸⁴.

83) Bkz. MONIER, R.: age., sh. 201 vd. no. 160; JOLOWICZ, H.F. and NICHOLAS, B.: age., sh. 401; GAUDEMET, J.: age., sh. 521 vd.; UMUR, Z.: age., sh. 650; KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: age., sh. 362 vd.; DI MARZO, S.: age., sh. 148.

84) Buna mâni olmak için alınan tedbirler konusunda bkz. C., IX, 5, 1 ve 2.

Cognitio extra ordinem'de şüphesiz bir takım eksiklikler vardı. Ve bu usulün bazı hususlarda *ordo iudiciorum privatorum*'dan (özel yargılama usulü) tam olarak sıyrıldığı da söylenemezdi. Ancak, herşeye rağmen, bu usulün *legis actio*'lar sisteminden ve *formula* sisteminden çok daha üstün olduğunda da hiç şüphe yoktur. Gerçekten, *cognitio extra ordinem*'de, "esas", "biçim"e galip gelerek ön plâna çıkmış ve bu yönüyle *cognitio extra ordinem*, Kilise Hukukunu etkileyerek, ilke ve kurallarının birçoğu Kilise Hukuku kökenli olan modern medeni usul hukuklarının aslî kaynağını teşkil etmiştir⁸⁵. Ayrıca, adaletin Devlet adına, meslekten hâkimler tarafından tevzii ve yerine getirilmesi suretiyle, özel şahıslar arasındaki ilişkilerde bugün de uygulanmakta olan sistemin temeli atılmıştır.

85) MONIER, R.: age., sh. 206 no. 163; TAHİROĞLU, B. - ERDOĞMUŞ, B.: age., sh. 43; VINCENT, J. - GUINCHARD, S.: Procédure civile, Vingtième éd., Paris 1981, sh. 404 no. 376. Vincent ve Guinchard, özellikle adlî ispat, tahkikat, yemin konusunda bu etkinin bâriz olduğuna işaret etmektedirler.

KISALTMALAR

age.	:	adı geçen eser
bkz.	:	bakınız
C.	:	Codex
Çev.	:	Türkçeye çeviren
D.	:	Digesta
G.	:	Gaius
Inst.	:	Institutiones
Iust.	:	Iustinianus
karş.	:	karşılaştırınız
no.	:	paragraf numarası
sh.	:	sahife
vd.	:	ve devamı

BİBLİYOGRAFYA

- ARANGIO - RUIZ, V.: *Instituzioni di diritto romano*, Sesta ed., Napoli 1942.
- ARANGIO - RUIZ, V.: *Cours de droit romain, Les actions*, Napoli 1980.
- BERKİ, Ş.: *Roma Hukuku*, Ankara 1949.
- DI MARZO, S. (Çev. UMUR, Z.): *Roma Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1959.
- HONIG, R. (Çev. TALİP, Ş.): *Roma Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1938.
- GAUDEMET, J.: *Les institutions de l'Antiquité*, 2e éd., Paris 1982.
- GUARINO, A.: *L'ordinamento giuridico romano*, Quarta ed., Napoli 1980.
- Iustinianus (Çev. UMUR, Z.): *Institutiones*, İstanbul 1968.
- JOLOWICZ, H.F. - NICHOLAS, B.: *Historical Introduction to the Story of Roman Law*, 3rd ed., Cambridge 1978.
- KARADENİZ - ÇELEBİCAN, Ö.: *Roma Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1982.
- MONIER, R.: *Manuel élémentaire de droit romain, Tome 1*, Deuxième réimpression des 5e et 6e éditions de Paris 1947, Darmstadt 1977.
- SCHWARZ, A.B. (Çev. BAŞMAN, T.): *Roma Hukuku Dersleri*, Birinci Cilt, İstanbul 1943.
- TAHİROĞLU, B. - ERDOĞMUŞ, B.: *Roma Usul Hukuku, Özet*, İstanbul 1982.
- UMUR, Z.: *Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Umumî Mefhumlar - Hakların Himayesi*, İstanbul 1982.
- VILLEY, M. (Çev. TAHİROĞLU, B.): *Roma Hukuku, Güncelliği*, İstanbul 1985.
- VINCENT, J. - GUINCHARD, S.: *Procédure Civile*, Vingtième éd., Paris 1981.