

ROMA MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGICIN DELİLLERİ TAKDİRİ

*Judge's Discretion of Assessment of Proofs in Roman Law of Civil
Procedure*

Bahar ÖCAL*

ÖZET

Çağdaş Türk Medeni Yargılama Usulünde, kanuni delil sistemi benimsendiğinden mahkemenin delilleri takdiri, öncelikle yasa tarafından kısıtlanmaktadır. Bunun yanı sıra ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar, kanun yollarına başvurulmak suretiyle bir üst derece mahkemesine taşınabilmektedir. Üst derece mahkemesinde ise delillerin takdiri, hayat tecrübelerine aykırılık hususu gözetilerek, denetlenebilmektedir. Roma Hukukunda ise delillerin takdiri, birbirinden farklı ancak belirli bir süre bir arada uygulama alanı bulan Özel Yargılama Sistemi (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) ve Sistem Dışı Yargılama Usulü (*Cognitio Extra Ordinem*) isimli iki ayrı yargılama usulüne göre farklılık arz etmektedir. Roma'nın en eski dönemlerinden M.S. 342 yılına kadar geçerli bir yargılama sistemi olarak uygulanan Özel Yargılama Sistemi'nde yargılamanın kendine özgü yapısı nedeniyle ispat, deliller ve delillerin takdiri özellikle

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ocalbahar@gmail.com).

retoriğin etkisinde kalmıştır. Bu nedenle çalışmamızda delillerin takdiri, çağdaş hukuk sistemimizden oldukça farklı olan Özel Yargılama Usulü ele alınarak incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: *Legis Actio* 'lar Usulü, *Formula* Usulü, Retorik, Deliller, Delillerin takdiri.

ABSTRACT

Since the legal evidence system is accepted by modern Turkish Law of Civil Procedure, the judge's discretion of assessment of proofs is restricted primarily by law. Besides, the judgements of the first instance courts, in principle are capable of judicial review by the Court of Appeal and the first instance judge's assessment of proofs can be considered by the Court of Appeal by taking into account of being contrary of life experiences. On the other hand, in Roman Law, the judge's power of assessment of proofs had different characteristics under two different procedural systems called *Ordo Iudiciorum Privatorum* and *Cognitio Extra Ordinem* which were district but applied at the same time for a certain period. The concept of proof, the evidence and the assessment of proofs were especially influenced by rhetoric due to the *sui generis* nature of *Ordo Iudiciorum Privatorum* which was applied as the procedural system from the ancient times to A.C. 342. Thus in this article, the concept of assessment of proofs is examined under *Ordo Iudiciorum Privatorum* which was completely different from our modern legal system.

Keywords: *Legis Actio* Procedure, Formulary Procedure, Rhetoric, Proofs, Assessment of proofs.

GİRİŞ

Çağdaş Türk Medeni Yargılama Usulünde¹ yargılamayı gerçekleştiren mahkeme, somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu tespit etmekte; bu hukuk normunun soyut unsurlarının sunulan maddi olgularla karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmekte ve son olarak söz konusu maddi olguların ispat edilmiş olup olmadığını incelemekte ve bu suretle hükme varmaktadır². Dolayısıyla mahkemenin bir hükme varabilmesi, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdığı olguların gerçekliği ya da doğruluğu konusunda kanaat edinmesine bağlıdır ki; söz konusu faaliyet ispat faaliyetini oluşturmaktadır³. Maddi olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğine dair yargıçta bir kanı oluşması için başvuru ispat aracı ise delildir. Zira Medeni Usul Hukukunda yargılamanın amacı “gerçeğe” ulaşmaktır⁴. Gerçeğe ise maddi olguların dayandırıldığı delilleri takdir ederek, mahkeme ulaşabilir. Bu kapsamda mahkemeyi hükme götürücü bir kanaatin oluşabilmesi için tarafların, iddia ve savunmalarının temelini teşkil eden maddi olguların yanı sıra bu olguların dayandığı delilleri de mahkemeye sunmaları gerekmektedir⁵. Bugün, Medeni Usul Hukuku’muzda “taraflarca getirilme ilkesi” geçerli⁶ olduğundan dava malzemeleri, taraflarca toplanır ve mahkemeye sunulur. Dolayısıyla taraflarca ileri sürülmeyen olguların ve delillerin mahkemeye kendiliğinden araştırılması mümkün değildir⁷.

¹ Bu husustaki incelemeler 23.02.2011 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1086 Sayılı ve 18.06.1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu esas alınarak, yapılmıştır.

² Alangoya, s. 7.

³ Kuru-Yılmaz-Arslan, s.421; Pekcanitez-Atalay-Özkes, s.400.

⁴ Medeni usul ve ceza usulü arasında gerçeğe ulaşma amacı bakımından bir farklılık yoktur: Alangoya, s. 87; Tanrıver, s. 32.

⁵ Maddi olgular ve bu olguların ispatı için söz konusu olan ispat araçları, dava malzemesini oluşturmaktadır: Alangoya, s. 7.

⁶ Medeni usulde taraflara dava malzemesinin toplanmasında ağırlık tanınmasının nedeni, bu yöntemde “gerçeğe ulaşma” ihtimalinin daha yüksek olmasıdır. Zira tarafların olayı en iyi bilenler olarak, gerekli tüm olguları mahkemeye getirmesi beklenir: Alangoya, s. 88-89; Pekcanitez-Atalay-Özkes, s.241.

⁷ Kurt, s. 603.

Yasada belirtilen haller istisna olmak üzere mahkeme, ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder⁸. Ancak Medeni Usul Hukuku’muzda “kanuni delil sistemi” geçerli olduğundan⁹, kanunun belirli bir delil ile ispatını öngördüğü hususların başka bir delil ile ispatı mümkün değildir¹⁰. Başka bir anlatımla, kanunda bir hususun kesin delillerle ispatı öngörülmüşse, yargıç söz konusu delilleri serbestçe takdir edemez¹¹. Kesin deliller hakimi bağlayıcıdır¹² yani kesin delil ile ispatlanabilen bir olguyu yargıç, doğru kabul etmek zorundadır. Kesin delil ile ispat zorunluluğu öngörülme hallerde ise yargıç, takdiri delilleri değerlendirecektir. Takdiri deliller, kesin deliller gibi bağlayıcı değildir. Yargıç, takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek, karar verebilir¹³.

Çağdaş hukuk sistemlerinde yargıç tarafından verilen hüküm, kanun yollarına başvurulmak suretiyle bir üst derece mahkemesinin denetimine tabi tutulabilmektedir. İlk derece mahkemesince yapılan yargılamanın hukuki ve maddi olgulara uygunluk yönünden denetlendiği istinaf kanun yolunda, dava ikinci kez ele alındığından, mahkemenin olguları değerlendirmesinin yanı sıra delilleri takdiri de denetlenmektedir¹⁴. Ülkemizde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda değişiklik yapılarak¹⁵, istinaf kanun yolu kabul edilmiş olsa da uygulamada henüz,

⁸ HUMK md. 240.

⁹ Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 452; Kurt, s. 604.

¹⁰ HUMK md. 287.

¹¹ Kesin delillere ilişkin şartlar ile bu delillerin hüküm ve sonuçları kanunda öngörülmüştür. Bu nedenle kesin delillere “kanuni deliller” de denilmektedir: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 453.

¹² Ancak re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda yargıç, kesin delillerle bağlı değildir: Kuru-Yılmaz-Arslan, s. 433; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 454.

¹³ Kuru-Yılmaz-Arslan, s.434; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 454.

¹⁴ Arslan -Tanrıver, s.40 dipnot 5.

¹⁵ 5236 sayılı 26.9.2004 tarihli Kanun. Bu kanun uyarınca Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasından sonra ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir. İstinaf incelemesi neticesinde verilen kararlara karşı ise temyiz yoluna başvurulabilecektir. Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasının ardından, artık ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamayacak ve karar düzeltme yolu kaldırılacaktır. Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayana kadar HMUK’nun temyize ilişkin yürürlükteki hükümleri uygulanmaya devam edecektir: Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 619-260.

ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükme karşı istinaf mahkemesine başvurulamamaktadır¹⁶. Ancak temyiz aşamasında Yargıtay, genel olarak “delillerin takdirinde hataya düşülmesi” şeklinde ifade edilen, delillerin takdirinde hayat tecrübelerine aykırılık hususunu gözetilen bir denetim yapmaktadır¹⁷.

Roma Hukuku’nda da, çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hakların korunması için yaptırımlar uygulanmaktaydı. Bu usul hareketi ise dava (*actio*)¹⁸ ile başlamaktaydı¹⁹. Roma Hukukunda hak (*ius*) ve dava (*actio*) arasındaki ilişki, çağdaş hukuk sistemlerinden oldukça farklıdır. Roma Hukukunda hak, maddi hukuktan ziyade usul hukukundan doğmaktadır²⁰. Bu nedenle Roma’da usul hukuku, maddi

¹⁶ Ülkemizde kabul edilen sistem, sınırlı istinaf sistemidir. Buna göre istinaf mahkemesi tüm vakıaları yeniden incelemeyecek, hukuki bir denetim yapacaktır: Akil, s.196.

¹⁷ Temyiz aşamasında mahkemece verilen hüküm, yalnızca hukuka uygunluk bakımından incelenmektedir. Bu aşamada, mahkeme tarafından incelenen vakıalar tekrar inceleme konusu yapılamaz ve yeni vakıalar ileri sürülemez. Temyiz yolunda, mahkemeye sunulmuş olan vakıaların usulüne uygun olarak incelenmesi ve değerlendirilmesi hususu Yargıtay tarafından denetlenir: Kuru-Yılmaz-Arslan, s. 728-729. İstinaf mahkemelerinin yokluğu nedeniyle Yargıtay’ın delil takdiri konusunda denetim yetkisini kabul etmiş olduğu ileri sürülse de Yargıtay’ın tutumu, delillerin ortaya koyduğu sonuçtan farklı ve bu nedenle dosya içeriği ile çelişen hükmün dayanaktan yoksun olması halinde keyfiyeti engellemeye yönelik bir tutum olarak görülmelidir. Bu kapsamdaki bir denetim HUMK’nun 428/5. maddesinde “maddi meselenin takdirinde hata” şeklinde öngörülen temyiz nedeni bağlamında değerlendirilebilecektir.:Sivrihisarlı, s.121-122-123. Ancak bu husus, öğretide oldukça tartışmalı bir konudur. Bir kısım yazar Sivrihisarlı ile hemfikirken diğer bir kısım yazara göre HMUK’nun 428/5. maddesi hükmü olguların tespiti ile ilgili olmayıp, olgulara ilişkin hukuki niteleme ile ilgilidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akil, s.213 vd.

¹⁸ Dava, *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde: I. 4.6 “.....*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*”: (.....*actio*, gerek duyulmuş olan yargılamanın yapılmasını talep etme hakkında başka bir şey değildir.) şeklinde ifade edilmiştir. *Digesta*’da da *Celsus* tarafından yapılan benzer bir tanıma rastlıyoruz: *D.44.7.51*(*Celsus* 3 Dig.):“*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*” (Dava, usul hukukunda takip edilen ve birine bağlı bir haktan başka bir şey değildir).

¹⁹ Di Marzo, s. 89; Erdoğan –Tahiroğlu, 2009, s. 224; Çelebican-Karadeniz, 2005a, s. 265.

²⁰ Burada özellikle *praetor*’ların yargılama faaliyetlerini sürdürürken, gerek usul hukukuna gerekse maddi hukuka çok önemli katkılarda bulduklarına değinmekte yarar vardır. *Praetor*’lar, yargı yetkisine (*iurisdictio*) dayanarak, işe başladıklarında o yıl yürürlükte kalmak üzere bir beyanname (*edictum*) yayınlardı. Bu beyannamede

hukukun gelişiminde çok önemli bir etkiye sahip olmuştur. Roma özel hukuku, bir davalar (*actio*) sisteminin eseridir. Zira Roma'da hakların korunması bakımından genel bir dava (*actio*) olanağı tanınmamıştı, hukuken korunmaya değer görülen her menfaat için özel bir dava tanınmıştı²¹.

Roma'da, hakların korunmasında uygulanan iki sistem²² karşımıza çıkmaktadır. Krallık Döneminin ortalarından M.S.342 yılına kadar uygulanan Özel Yargılama Sistemi (*Ordo Iudiciorum Privatorum*), *magistra* önünde başlayan ve davanın tespit edildiği *in iure* aşaması ile özel yargıç önünde devam eden ve davanın karara bağlandığı *apud iudicem* olmak üzere iki aşamadan oluşmaktaydı²³. M.S. 342 yılından *Iustinianus* döneminin sonlarına kadar uygulanan Sistem Dışı Yargılama Usulü'nde (*Cognitio Extra Ordinem*) ise yargılama, imparatorluğun bürokratik yapısında hiyerarşik bir yeri olan memur önünde ve tek aşamada gerçekleştirilmekteydi²⁴. Bu usulde imparatorlar tarafından deliller, içeriklerine göre kıymetlendirilmişti. O nedenle hakim imparatorlar tarafından belirlenmiş olan bu kurallara uymak zorundaydı²⁵. Ayrıca çağdaş hukuk sistemlerindeki istinaf usulüne benzer bir itiraz

tanyacakları dava (*actio*) haklarını, defileri (*exceptio*) ve eski hale getirme (*in integrum restitutio*), yasak (*interdictum*) ve benzeri hukuki koruma olanaklarını ilan ederlerdi. *Praetor*'un, yargılama görevini yerine getirirken *Ius Civile*'de tanınmayan bir hakka dayanarak, yargılama yapabilmesi, söz konusu uyuşmazlığa dava hakkı tanyacağını yayınlamış olduğu beyannamede belirtmiş olmasına bağlıydı. Bu sayede Roma'da usul hukuku, maddi hukukun gelişmesini sağlıyordu: Talamanca, s. 273; Gruppo Editoriale, s. 20.

²¹ Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s. 225; Çelebican Karadeniz, 2005a, s. 122-123; Günel, s. 25; Küçükgüngör, 1998a, s. 6; Öztekin, s. 336; Özdemir Türkoğlu, s. 20.

²² Söz konusu iki sistem, kesin çizgilerle ayrılan farklı süreçlerde uygulama alanı bulmamış; aksine bir arada belirli bir süre uygulandıktan sonra zamanın ihtiyaçlarına göre önceki sistem yerini yenisine bırakmıştır: Çelebican Karadeniz, 2005a, s. 276.

²³ Umur, 1983, s. 148; Çelebican Karadeniz, 2005a, s. 274; Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s. 228; Günel, s. 27; Özdemir Türkoğlu, s. 21.

²⁴ Umur, 1983, s. 38; Çelebican Karadeniz, 2005a, s. 312; Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s. 230; Günel, s. 34; Özdemir Türkoğlu, s. 31.

²⁵ Umur, 1974, s. 641-642; Küçükgüngör, 1998b, s. 492.

usulü olan “*appellatio*” ile bir üst derece mahkemesinin yargıç kararını yeniden incelemesi sağlanabiliyordu²⁶.

Özel Yargılama Sistemi (*Ordo Iudicorum Privatorum*), *Legis Actio*’lar ve *Formula* Usulü olmak üzere iki usulden oluşmaktadır. *Legis Actio*’lar Usulü, Krallık Döneminin ortalarından M.Ö.17 yılına kadar, *Formula* Usulü ise M.Ö. 17 yılından M.S. 342 yılına kadar uygulama alanı bulmuştur. Her iki usul de *magistra* huzurunda başlayıp, özel yargıç veya yargıçlar ya da hakem önünde sonuçlanan iki aşamadan oluşsa da farklılık arz etmektedir.

Roma Hukukunda, maddi hukukun şekillenmesinde bu denli büyük önemi olan davaların yürütülmesi yukarıda sözü edilen sistemlerin kendine özgü yapısına göre farklılık göstermekteydi. Bu nedenle çalışmamızda delillerin takdiri sorunu, çağdaş hukuk sistemimizden oldukça farklı olan Özel Yargılama Usulü ele alınarak incelenecektir.

I- *Legis Actio*’lar Usulünde Delillerin Takdiri

Legis actio’lar kanunla tespit edilmiş dava şekilleri idi²⁷. Son derece katı ve şekilci bir biçimde ve belirli kalıplarla oluşturulmuş beş tip dava şekli öngörülmüştü²⁸. Bunlardan *legis actio per sacramentum*²⁹, *legis*

²⁶ Polara, s. 355; Erdoğan-Tahiroğlu, 1985, s. 43; Günal, s.73; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 135.

²⁷ Gai. 4.11.

²⁸ Gai. 4.11. Bu metindeki örneğe göre, eğer bağ kütüklerinin kesilmiş olmasından dolayı dava açılırsa ve *magistra* huzurunda, kanuni dava şekli oluşturulurken, davacı kesilmiş kütüklerden bahsederse davayı kaybeder. Çünkü On İki Levha Kanununda ağaçları kesilen mal sahibine tanınan zararın tazmini olanağı ancak kesilmiş ağaçlardan bahsedilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Davacı, kesilmiş kütükler demesi sebebiyle davayı kaybetmiş ve bu olanaktan yararlanamamıştı.

²⁹ Gai.4.13-17. *Legis actio*’ların en eski biçimi. Genel bir dava kalıbı olarak uygulama alanı bulmaktaydı. Tarafların *magistra* önünde iddialarını dile getirmesinden sonra, törensel bir yemin ve tanrılara kurban verileceği ya da ilerleyen zamanlarda belirli bir miktar paranın ödeneceği taahhüdü ile gerçekleşen *sacramentum*’un yerine getirilmesinden sonra davanın ikinci kısmı olan *apud iudicem* aşamasına geçilebilmekteydi. Dava konusu hakkın aynı hak olması halinde *legis actio sacramento in rem*, şahsi bir hak olması halinde ise *legis actio sacramento in personam* söz konusu olmaktadır: Umur, 1983, s. 113; Gruppo Editoriale, s. 295.

*actio per iudicis arbitrive postulationem*³⁰, *legis actio per conditionem*³¹ hukuk usulüne; *legis actio per manus iniectioem*³² ve *legis actio per pignoris capionem*³³ icra usulüne ilişkindi.

Legis Actio'lar Usulünde dava, *magistra* önünde başlardı. *Magistra*, *in iure* aşamasında, öncelikle yargılama koşullarını belirler, olaya ilişkin hukuk kuralını tespit eder ve mümkünse tarafların da üzerinde anlaştıkları, güvenilir bir Roma yurttaşını özel yargıç (*iudex privatus*) olarak seçerdi. Ayrıca bu aşamada, olayda hangi hukuk kuralının uygulanacağına ilişkin koşulları saptamış olan *magistra*, özel yargıca uyuşmazlığı karara bağlama görevini vermektedir. *Magistra* tarafından yerine getirilmekte olan tüm bu işlemler, davanın tespiti yani *litis contestatio*'yu oluşturmaktaydı³⁴. Öyleyse *magistra* uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuki tespit yapmakta ve olguların incelenmesini özel yargıca bırakmaktaydı.

Bu kapsamda delillerin takdiri ve olguların incenlemesi, özel yargıç tarafından *apud iudicem* aşamasında gerçekleştirilmekteydi. *Legis*

³⁰ Gai.4.17a. *Legis actio sacramento*'nun basitleştirilmiş haliydi. Bu dava şeklinde *sacramentum*'un yerine getirilmesi zorunluluğu bulunmadan, hakim veya hakem talep edilmekteydi. On İki Levha Kanunlarında, mirasın taksimi, *stipulatio*'dan doğan para alacakları, müşterek malın taksimi konularında bu dava şekline başvurulabileceğinden bahsedilmektedir: Umur, 1983, s. 112; Gruppo Editoriale, s. 294.

³¹ Gai.17b-20. M.Ö. III.Y.Y. 'da *Lex Silia* ile kabul edilmiş olan yeni dava şekli. Bu kanuna göre konusu belirli bir para borcu olan uyuşmazlıklarda, bu dava şekline başvurulabiliyordu. Daha sonra *Lex Calpurnia* ile konusu belirli bir mal olan uyuşmazlıklarda da uygulanmaya başlandı. Diğer *legis actio* 'lara göre daha az şekilci bir usuldü: Umur, 1983, s. 112; Gruppo Editoriale, s. 293-294.

³² Gai.4.21. En eski *legis actio* usulü olmakla birlikte genel bir icra usulünün ilk örneğini teşkil etmektedir. Daha çok para ile ilgili uyuşmazlıklarda uygulama alanı buluyordu. En tipik örneği, yargıç kararı ile belirlenmiş bir miktar paranın ödenmemesi halinde başvuru olan *manus iniectio iudicati* idi. *Magistra* huzurunda ikrar sonucunda ise *manus iniectio pro iudicati* söz konusu oluyordu: Gruppo Editoriale, s. 294.

³³ Gai.4.26-29. Borçlunun malları üzerinde söz konusu olan bir icra usulü. Kamu borcu niteliği bulunan borçlar için uygulanıyordu. *Magistra* huzurunda gerçekleşmesi ya da karşı tarafın bulunması koşulları aranmaksızın, belirli törensel sözler sarf edilerek, borçlunun mallarına el koyuluyordu. Bu dava şeklinin *legis actio* sayılıp sayılmayacağı hususu Roma Hukuku doktrininde oldukça tartışmalıdır: Umur, 1983, s. 113; Gruppo Editoriale, s. 295.

³⁴ Umur, 1990, s. 223.

Actio'lar Usulünde, *apud iudicem* aşamasında yargılamayı gerçekleştiren özel yargıçların (*iudex privatus*) daha çok rahipler arasından seçilmesi, yargılamanın din etkisi altında gerçekleştirildiğine dair önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir. Mesleği hukukçuluk olmayan din adamları arasından seçilen özel yargıç, hüküm verirken dinin etkisi altında kalmaktaydı. Bu dönemde genellikle uyuşmazlıklar, tanrıların işaretleri aracılığı ile kendisinden önceki benzer uyuşmazlık için oluşturulmuş çözümlerden esinlenerek, halledilmekte idi. Bu çağda tanrılardan gelen işaretlerin yorumlanması oldukça zor olduğundan, benzer bir olayda daha önceden verilmiş olan hüküm büyük bir öneme sahipti³⁵.

Bu dönemde tarafların iddiaları ile hüküm arasında, delil ikamesine ilişkin bir aşamanın varlığından söz edemiyoruz³⁶. Ayrıca hukuki sebebin (hakkın) ispatı ve maddi olgunun ispatı arasında da bir ayırım bulunmamaktaydı³⁷. Özel yargıç, tüm delilleri kendi görev sınırları dahilinde ve hatta daha çok kendi “gerçek” tanımını içerisinde değerlendirme olanağına sahipti³⁸.

Bu dönemde rasyonel olmayan, doğaüstü deliller³⁹ her zaman kesin nitelikte idi. Bunlardan birisi olan yemin (*iusiurandum*), hem yargılamada önemli bir yer tutmaktaydı hem de kendine özgü bir özellik göstermekteydi⁴⁰. Şöyle ki; yemin eğer in *iure* aşamasında *magistra*

³⁵ Schulz, s. 6; De Francisci, 1959, s.440; Brogini, s.370.

³⁶ Öcal, s.33.

³⁷ Pugliese, 1962, s. 414.

³⁸ XII Levha Kanunlarından sonra, ispat kavramı daha insani bir boyut kazanmakla birlikte irrasyonel yapısını korumaktaydı. Bu irrasyonellik, Eski Hukuk Döneminde yargılamanın doğaüstü karakterinden kaynaklanmaktaydı: Pugliese, 1960, s. 388; Umur, 1974, s. 561.

³⁹ Örneğin, kuşların uçuşuna bakarak, ilahi işaretleri yorumlamak (*auguria*) ya da hayvanların iç organlarını inceleyerek, ilahi işaretleri yorumlamak (*auspicio*) suretiyle tanrıların niyetini anlamaya çalışmak. İlahi işaretleri yorumlama görevi yani *auspicio*, Krala (*Rex*), cumhuriyet döneminde ise *magistra*'lara düşmekteydi; *auguria* söz konusu olduğunda ise bu görev, *augores* (görevi tanrıların işaretlerini yorumlamak olan rahipler) tarafından yerine getiriliyordu: Gruppo Editoriale, s. 69; Umur, 1983, s. 27.

⁴⁰ Küçükgüngör, 1998b., s. 479; Honig, s. 84.

huzurunda yerine getirilmiş ise yargılamayı sona erdirmekteydi⁴¹. Artık uyumsuzluğun özel yargıç önüne taşınmasına gerek kalmazdı. Ancak yemin şayet *apud iudicem* aşamasında özel yargıç önünde gerçekleştirilmiş ise yargıç yemin delilini de serbestçe takdir edebilirdi⁴². Diğer bir deyişle, *in iure* aşamasında yargılamayı sona erdiren bir özellik gösterirken; *apud iudicem* aşamasında yemin, kesin delil olarak kabul edilmiyordu ve yargıç diğer olgu ve delilleri nasıl serbestçe değerlendiriyorsa yemin delilini de serbestçe takdir ederdi.

⁴¹ Çelebican Karadeniz, 2005a, s. 282. Brogini bu konuda karşı görüştedir. Yazara göre bu dönemde yemin tanrısallık ve din ile yakından ilgili olduğundan, kesin bir gerçeği tespit etmekteydi. O nedenle yargıca düşen görev bu gerçeği onaylayan bir karar vermektir: Brogini, s. 374-375. Ancak *Legis Actio*'lar Usulünün en yaygın olarak kullanılan iki türü olan *legis actio sacramento in rem* ve *legis actio sacramento in personam* usullerindeki *sacramentum* uygulaması ile burada sözü edilen yemini birbirine karıştırmamak gerekir. Her iki usulde de *magistra* önünde taraflar iddialarını dile getirdikten sonra bir sonraki aşamaya geçilmesi için *sacramentum*'un yerine getirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki; öncelikle taraflar *magistra* huzuruna gelerek, karşılıklı iddialarını ifade ederlerdi. Ardından, yargılamanın devam edebilmesi için bir çeşit meydan okuma niteliğinde olan *sacramentum* davetine ihtiyaç duyulmaktaydı. Kural olarak, *magistra*'ya başvuran taraf yani *petitor*, karşı tarafı yani *defensor*'u *sacramentum*'u yerine getirmeye davet ederdi. Taraflardan her biri kendi iddiasının doğruluğu hakkında ilahlar huzurunda yemin eder ve eski çağlarda ilahlara çeşitli hayvanların kurban edileceğini taahhüt etmek suretiyle *sacramentum*'u gerçekleştirilmekteydi. İleriki zamanlarda, paranın icadı ile birlikte taraflar yeminlerinin yanı sıra belirli bir para miktarını taahhüt etmekteydi. Taraflardan birisi *sacramentum*'u yerine getirmezse ve diğer taraf *sacramentum*'u yerine getirirse o zaman *apud iudicem* aşamasına geçilmeksizin yargılamaya son verilir ve *magistra*, *sacramentum*'u yerine getirmiş olan tarafın iddiası doğrultusunda karar verirdi. Her iki tarafın *sacramentum*'u yerine getirilmesinin ardından *apud iudicem* aşamasına geçilmekteydi. Bu aşamada ise özel yargıç taraflardan hangisinin *sacramentum*'unun doğru (*iustum*) olduğuna karar verirdi. *Sacramentum*, yargılamanın ikinci aşaması olan *apud iudicem* aşamasına geçilmesi için yerine getirilmesi gereken törensel bir işlemdi. Roma Hukuku doktrininde *sacramentum*'un hukuki niteliğine ilişkin bir görüş birliği yoktur. Kimi yazarlara göre *sacramentum* yerine getirilmediği takdirde yargılamayı sona erdirmektedir ve kesin delil niteliğini haizdir. Kimi yazarlara göre ise her ne kadar taraflar ilahlar huzurunda yemin etseler de bu yemin teknik anlamda bir delil niteliğinde değildi, yargılamanın bir sonraki aşamasına geçilmesi için yerine getirilmesi gereken usuli bir işlemdi: Öcal, s. 24 vd.

⁴² Küçükgüngör, 1998b., 484. Brogini'ye göre, *iusiurandum in iure* (*magistra* huzurunda yemin) ve *iusiurandum apud iudicem* (özel yargıç önünde yemin) ayrımı, Klasik Hukuk Dönemine özgü bir ayrımdır: Brogini, s. 365.

Legis Actio 'lar döneminde *magistra* huzurundaki ikrar (*confessio*) da yargılamayı sona erdirmekteydi. Davalı, davacının iddia ettiği olgunun doğruluğunu *magistra* huzurunda kabul ederse, yargılama bu noktada sona ermekteydi. Bu aşamadaki ikrar (*confessio*), daha çok *in personam* yani alacak hakkına ilişkin şahsi davalarda önemli bir işleve sahipti. Şöyle ki; *in personam* davaların en eski biçimi olan *legis actio sacramento in personam* 'da davacı *magistra* huzurunda, “*aio te mihi dare oportere*” yani “bana vermekle yükümlü olduğumu beyan ediyorum” şeklinde davalıya karşı iddiasını dile getirirdi. Buna karşılık davalı ya davacının iddiasını kabul eder (sessiz de kalabilir) ya da davacının iddiasını inkar ederdi. Davalının inkarı üzerine davacı “*quando tu negas D aeris sacramento te provoco*” yani “madem ki inkar ediyorsun seni 500 as *sacramentum* 'a davet ediyorum” ifadeleri ile davalıyı *sacramentum* 'u yerine getirmek üzere davet ederdi. Davalının bu aşamada davacı iddiasını kabul etmesi ile yargılama sona erer ve dava *manus iniectio pro iudicati* yani icra usulüne dönüşürdü. Benzer şekilde *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem* 'de de davacı *magistra* huzurunda, davalıya “*ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio. Id postulo aias an negas*” yani “*sponsio* uyarınca bana on bin *sesters* vermeye borçlusun, bunu kabul etmeni ya da inkar etmeni istiyorum” biçiminde iddiasını ileri sürerdi. Buna karşılık davalı, davacının iddiasının doğru olduğunu beyan ederse yani ikrarda bulunursa dava bu aşamada sona ererdi. Diğer *legis actio* 'lardan daha sonraki bir dönemde uygulanmaya başlayan ve şekilcilikten daha uzak olan *legis actio per conditionem* 'de ise davacı *magistra* huzurunda, “*aio te mihi sestertium X milia dare oportere; id postulo aias an negas*” yani “senin bana on bin *sesters* vermeye borçlu olduğumu ve bunu kabul etmeni ya da inkar etmeni istiyorum” diyerek, iddiasını dile getirirdi. Burada da davacının iddiasının davalı tarafından kabul edilmesi ile yargılama *in iure* aşamasında sona ermekteydi⁴³.

Aynı bir dava olan *legis actio sacramento in rem* 'de ise davacının istihkak iddiasından sonra davalı da aynı iddia da bulunurdu. Böylece

⁴³ Umur, 1974, s. 548 vd.

davacı davalıyı *sacramentum* 'u yerine getirmesi için davet ederdi ve her iki tarafın da *sacramentum* 'u icrası ile *in iure* aşaması sona erer ve yargıç önündeki aşamaya geçilirdi. Davalının karşı iddiada (*conradictio*) bulunmaması yani sessiz kalması ya da davacı

iddiasının doğruluğunu kabul etmesi yani ikrarda bulunması halinde *in iure cessio*⁴⁴ 'nun hüküm ve sonuçları meydana gelirdi⁴⁵.

Özel yargıç huzurunda dava konusu bir olgunun doğruluğunun kabul edilmesi halinde ise yargıç diğer delillerde olduğu gibi, ikrar delilini de serbestçe takdir ederdi⁴⁶.

Bu dönemde aynı tip ve düzenleyen lehine bilgiler içeren yazılı belgeler mevcuttu; ancak günlük hayatta nadiren rastlanmaktaydı. Çoğunlukla yazılı belgelerin⁴⁷ içeriğinin yemin ve tanıklarla teminat altına alınması gerekiyordu. Belgenin tahrif edildiği ya da içeriğinin değiştirildiği olgusu diğer deliller ile ispatlanabilmekteydi. Bu nedenle yazılı belgelerin diğer delillere karşı bir üstünlüğü yoktu⁴⁸.

Legis Actio 'lar Usulünde, delil yetersizliği ya da tarafların sunduğu deliller arasında eşitlik olması halinde özel yargıç, tarafların şahsi özelliklerini dikkate alarak, kanaat oluşturabilir ve bu doğrultuda karar

⁴⁴ Gerek *res mancipi* gerekse *res nec mancipi* 'lerin mülkiyetinin devrinde kullanılan usul. Bu usul, *legis actio sacramento in rem* 'in farazi bir şekli olarak uygulanmaktaydı. Şöyle ki; *legis actio sacramento in rem* 'de olduğu gibi *magistra* huzurunda malın mülkiyetini iktisap etmek isteyen yani davacı konumunda bulunan, mala *festuca* (baston) ile dokunarak, "*aiō hanc rem meam esse ex iure Quiritium*" yani "*Quirites* (Romalı vatandaşların) Hukukuna göre bu malın bana ait olduğunu iddia ediyorum" derdi. Malın mülkiyetini devredecek taraf ise ya sessiz kalırdı ya da bu iddianın doğruluğunu beyan ederdi yani *magistra* huzurunda ikrarda (*confessio in iure*) bulunurdu. Bu durumda *magistra*, davacının malın maliki olduğunu beyan ederek, yargılamaya son verirdi: Gruppo Editoriale, s. 250; Umur, 1983, s. 88; Çelebicıan-Karadeniz, 2005b, s. 172-173; Erdoğmuş, 62.

⁴⁵ Pugliese, 1962, s. 370.

⁴⁶ Brogini, s. 375; Küçükgüngör, 1998b., s. 484.

⁴⁷ Yazılı belgeler *tabulae*- mumla kaplanmış ve menteşelerle katlanır hale getirilmiş tahtalar- üzerine yazılmakta ve tanıkların mühürü ile tamamlanmaktaydı. Daha çok *mancipatio*, *stipulatio* veya *testamentum* gibi işlemlerin gerçekten yapıldığını ispata yarardı: Küçükgüngör, 1998b., s.482-483; Tahiroğlu, s. 165.

⁴⁸ Küçükgüngör, 1998b., s. 483.

verebilirdi⁴⁹. *Aulus Gellius*⁵⁰'un *Noctes Atticae* isimli eserinde, *Legis Actio*'lar Usulünde yargıcın her iki tarafın kişisel özelliklerini değerlendirerek, kanaat oluşturabildiğine dair önemli bir metne rastlıyoruz.

Gell. N.A. 14. 2. 26

“Verba ex oratione M. Catonis cuius commemorat Favorinus, haec sunt: “Atque ego a maioribus sic accepi. si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent uti testes non interessent, illi unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecissent Gellius cum Turio: “Ni vir melior esset Gellius quam Turius”, nemo, opinor tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium; si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi unde petitur.”

“Favorinus tarafından anılan Cato'nun sözleri şöyle idi: «Ben bu geleneği atalarımızdan öğrendim. Eğer birisi, bir başkasını herhangi bir şey için dava ederse ve iyi veya kötü her ikisi de eşitse ve ikisi arasındaki hukuki işleme dair tanık da bulunmuyorsa, o zaman kendisine karşı iddiada bulunan daha inanılır olmalıdır, eğer Gellius Turius ile 'Gellius'un Turius'dan daha iyi bir insan olmadığına' dair sponsio yaparsa, kanımca Gellius, Turius'dan daha iyi olmadıkça, hiç kimse Gellius'un Turius'dan daha iyi olduğuna dair karar verecek kadar deli değildir; kendisine karşı iddiada bulunan tercihen daha inanılır olmalıdır.»”

⁴⁹ Yargıç, taraflarca ileri sürülmüş olan delillerin eşit olduğu inancıyla objektif bir değerlendirme yapamaz ve birini diğerine tercih edemezse, subjektif olarak tarafların şahsını dikkate alarak kanaatini oluştururdu: Küçükgüngör, 1998b., s. 484.

⁵⁰ M.S. II Y.Y.'da yaşamış, Romalı bilgin. *Noctes Atticae* isimli 21 kitaptan oluşan eseri, özellikle Romanın sosyal ve hukuki yaşantısına ışık tutmaktadır: Gruppo Editoriale, s. 227.

Gellius'un metninde bahsi geçen büyük hukukçu *Marcus Cato*⁵¹'nin M.Ö. 234-M.Ö. 149 yılları arasında yaşadığı tahmin edilmektedir. Metinde anılan konuşmasında kendisinden önceki döneme atıfta bulunan *Cato*'nun söz ettiği geleneğin *Formula* Usulünden öncesine işaret ettiğinin kabulü gerekir. *Cato*, davanın her iki tarafı da kendi iddiasını ispat edemediği takdirde (*duo res gessissent uti testes non interessent*), özel yargıcın nasıl karar vereceğini değerlendirmiştir. Bu durumda, iki tarafın da ahlaki özellikleri ve güvenilir olup olmadığının (*si ambo pares essent, sive boni sive mali essent*), yargıç tarafından dikkate alınacağı hususuna değinilmektedir. *Cato*'nun bu değerlendirmesi, delil yokluğu ya da delil yetersizliği durumunda yargıcın serbestçe ikna edilebildiğine ilişkin en önemli örneklerden birisidir⁵².

Taraflardan her ikisi de açık bir biçimde diğerinden ahlaki bakımdan üstün olduğunu gösteremezse ve bu nedenle tarafların inanılabilirliğine ilişkin değerlendirme yargıcı aydınlatamazsa, "*ille unde petitur, ei potius credendum esse*" yani "davalının daha inanılır olduğu" kabul edilecek ve hakimın kanaati davalı lehine olacaktır. Buna göre *Cato*'nun tartıştığı olayda *ille qui petit*, iddiasını ispatlayamaması halinde aleyhine olacak sonuçlara katlanacak olan yani davacıdır; *ille unde petitur* ise kendisine dava açılan yani davalıdır.

Nitekim *Gellius*'un metni sayesinde, delillerin serbestçe takdir edildiği ve hüküm verildiği *apud iudicem* aşaması ile son derece şekilci ve törensel bir yapısı olan *in iure* aşaması arasındaki zıtlık açıkça görülmektedir. *Legis Actio*'lar Usulünün uygulandığı dönemde, özel yargıca gerek taraflarca sunulan delillerin takdirinde gerekse tarafların sosyal ve ahlaki niteliklerinin değerlendirilmesinde oldukça geniş bir takdir yetkisi tanındığını söylemek mümkündür.

⁵¹ Ünlü hatip ve politikacı. Romalılar tarafından büyük "*maior*" sıfatı ile anılmaktadır. *Cicero* tarafından herkesten üstün görülmekte ve *ius civile*'yi iyi bildiği kabul edilmekteydi: Umur, 1983, s. 33; Gruppo Editoriale, s. 91.

⁵² Broggin, söz konusu metnin ispat yükü olgusunun ilk taslak uygulaması olduğunu belirtmektedir: Broggin, s.382. De Sarlo, yazar ile hemfikirdir: De Sarlo, s. 187-188.

Bu dönemde ayrıca, bazı hukuki işlemlerin geçerliliği sıkı şekil şartlarına ve bazı törensel hareketlerin gerçekleştirilmesine bağlıydı. El ve değnekle yapılan bir takım törensel hareketler⁵³ ile birlikte işlemin gerçekleştirildiği sırada tanıkların bulunması ile işlem tamamlanmaktaydı⁵⁴. Bu tanıklar (*testes rogati*), işlemin geçerliliğini temin etmekteydi. Tanıkların, bu işlemin yanı sıra yargılama esnasında da ispat vasıtası olarak önemli bir işlevi vardı⁵⁵. Zira bu tanıklar, söz konusu işlemin dava konusu olması halinde, bu kez yargıç önünde işlemin geçerliliği hakkında tanıklık yaparlardı⁵⁶. Bir de tarafların kişilik özellikleri hakkında tanıklık yapan ve uyumsuzluğun karara bağlanması için aydınlatılması gereken olgular ile ilgili beyanda bulunmayan tanıklar vardı (*testes voluntarii*). Bu tanıklar, beyanda buldukları kişi lehine kanaatlerini belirtirlerdi⁵⁷. Yargıç, taraflar hakkında kanaatlerini belirten tanıkların (*testes voluntarii*) beyanlarını serbestçe takdir ederdi. İşlemin geçerliliğini temin eden tanıkların (*testes rogati*) beyanı ise yargıç tarafından, diğer unsurlarla beraber değerlendirilirdi; ancak bu tanıkların uygulamadaki önemi nedeniyle, özel yargıç önündeki ifadelerinin kesin

⁵³ *Manu capere, festucam imponere.*

⁵⁴ *Legis Actio* lar Usulünde, *magistra* ve tanıklar huzurunda, birtakım törensel sözlerin karşılıklı olarak ifade edilmesi ile tarafların özel yargıç seçtikleri *litis contestatio* işlemi ile maden külçesi ve terazinin yanı sıra tanıklar huzurunda yapılan *mancipatio*, *testamentum aes per libram* ve *nexum* işlemleri.

⁵⁵ İşlemlerin geçerliliği için tanıkların bulunması yani tanıkların törensel-şekilsel (*ad solemnitatem*) başka bir anlatımla işleme geçerlilik kazandırma işlevi ile yargılama sırasında tanıkların bulunması yani delil olma (*ad probationem*) işlevi bakımından Eski Hukuk Döneminde bir ayrım yapmak pek de mümkün olmamaktadır: Brogini, s. 373.

⁵⁶ Söz konusu tanıklar yargıç önüne çağrıldığında tanıklık yapmak mecburiyetindeydi. Bu yükümlülük On İki Levha Kanunlarında da ortaya konulmuştur. XXII Tav. Tab.8.22: “*qui se sieri testarier, ni testimonium fatiatur improbus instabilisque esto*”(Her kim tanık ya da terazi ile tartan (*librens*) olarak işleme katılmış; ancak yargıç huzurunda tanıklık yapmaktan kaçınmış ise şerefsizlik (*improbitas*) ve tanıklık ehliyetinin kaybı (*instabilitas*) yaptırımına tabi olur): Pugliese, 1962, s. 418-419; Brogini, s. 373; Umur, 1974, s. 563.

⁵⁷ Pugliese, 1962, s. 420; Umur, 1974, s. 563.

delil olarak yargıyı bağladığı çağdaş Roma Hukuku doktrininde kimi hukukçular tarafından kabul edilmektedir.⁵⁸

Yargılamada, tarafların kişilik özellikleri ve ahlaki nitelikleri özel yargıç tarafından dikkate alındığı gibi tanıkların da bu özelliklerinin dikkate alındığına ilişkin *Cicero*⁵⁹'nun *pro Fonteio*⁶⁰ isimli konuşmasında, önemli bir metinle karşılaşırız.

Cic. pro Fonteio 14. 32:

“An dignitas testium? potestis igitur ignotos notis, iniquos aequis, alienigenas domesticis, cupidos moderatis, mercenarios gratuitis, pios religiosis, inimicissimos huic imperio ac nomini bonis ac fidelibus et sociis et civibus anteferre?”

“Tanığın itibarı ile mi? Sen ayrıca muhtemelen tanımadıklarını tanıdığın kişilere, haksız haklıya, yabancıyı yerliye, açgözlüyü iyi huyluya, çıkarıcıyı çıkarıcı olmayana, inançsız inançlıya, toprağımızın ve adımızın en büyük düşmanı olanları iyi ve sadık müttefiklere ve vatandaşlara tercih edebilir misin?”

Cicero bu konuşmasında, tanıkların yargılamadaki rolünü vurgulamaktadır. Özellikle, tarafların kişilik özellikleri gibi, tanıkların kişisel özellikleri ve ahlaki durumları da beyanlarının

⁵⁸ Brogini bu nedenle *testes rogati*'yi kanuni delil olarak kabul etmektedir: Brogini, s. 372; Pugliese ise *testes rogati*'nin kanunen önceden oluşturulmuş delil olduğu görüşündedir: Pugliese, 1962, s. 413.

⁵⁹ M.Ö. 106-M.Ö. 46 yılları arasında yaşamış Roma'nın en ünlü hatiplerinden, devlet adamı ve filozof. Klasik anlamda hukukçu olarak kabul edilmese de hukuk kültürüne felsefi anlamda önemli katkılarda bulunmuş, özellikle savunduğu davalara ilişkin eserleri günümüze kadar ulaşmıştır. Bu sayede hukuki bilgiler edinmek için eserlerinden faydalanılmaktadır: Gruppo Editoriale, s. 99; Umut, 1983, s. 36.

⁶⁰ *Pro Fonteio*, M.Ö. 76-74 yılları arasında *Gallia Narbonensis* (bugünkü güney Fransa civarındaki Roma İmparatorluğu Eyaleti) valisi *Marcus Fonteius*'un savunması için *Cicero* tarafından M.Ö. 69 yılında yazılmış bir konuşmadır. *Marcus Fonteius* eyaletten bir heyet ve *Indutiomarus* (*Gallia* bölgesi prensliği yapmış, M.Ö. 54-55 seneleri arasında *Treveri*'lerin *germen-gallia tribus*'unun başı) tarafından yolsuzluk yapmakla suçlanmıştır. *Cicero*, tanıkların Romalı olmadıklarından hareketle inanılır olmadıkları, hain oldukları ve yalancı tanıklık yaptıklarını belirterek, suçlamanın esasını reddetmektedir: Vasaly, s. 193.

değerlendirilmesinde yargıç tarafından dikkate alınabilmektedir. *Cicero*, konuşmasında özellikle Roma vatandaşı olmak ya da Roma'nın müttefiki olmakla Roma'nın düşmanı olmak; inançlı olmakla inançsız olmak gibi kişilere ait özelliklerin yanı sıra açgözlü olmakla iyi huylu olmak, çıkarıcı olmakla çıkarıcı olmamak gibi kişilerin ahlaki özellikleri arasında da bir kıyaslama yapmaktadır.

II- *Formula* Usulünde Delillerin Takdiri

İmparatorluğun sınırlarının genişlemesi ve yabancılarla ticari ilişkilerin artması ile birlikte *Legis Actio*'lar Usulü ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmişti. Çünkü bu usul yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanabiliyordu. Ayrıca katı ve şekilci bir usul olduğundan yeni ihtiyaçlarla oluşan uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalıyordu⁶¹.

Formula Usulüne, *Lex Iulia Iudiciorum*'dan önceki dönemde, *Legis Actio*'lar Usulünün uygulanmadığı davalarda başvurulduğu bilinmekle birlikte, bu usulün ilk uygulamasına ilişkin çeşitli görüşler vardır. Kimi hukukçulara göre bu usul ilk olarak taraflardan birinin yabancı olduğu uyuşmazlıklarda uygulanmıştır⁶². Kimi hukukçulara göre ise zamanında *ius civile*'de tanınmayan, ancak hakkaniyet gereği dava hakkı verilen alım satım, *locatio conductio*, vekalet gibi birtakım ilişkilere dava hakkı tanınması ile *Formula* Usulü uygulanmaya başlamıştır⁶³.

⁶¹ Başlangıçta, *Legis Actio*'lar Usulünün uygulanmadığı hallerde *Formula* Usulü'ne başvurulmaktaydı. *Praetor*'lar, kendi önlerine gelen bu tarz uyuşmazlıkların çözümünde *imperium*'larına dayanarak, *Formula* isimli yeni bir yargılama usulünü uygulamaya başlamışlardı. M.Ö. 110 yılı civarlarında çıktığı sanılan *Lex Aebutia* ile yasal bir dayanağa kavuşan bu usul, daha sonra çıkan *Lex Iulia* ile tek yargılama usulü olarak kabul edilmişti: Umur, 1974, s. 246; Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s. 239; Çelebicin Karadeniz, 2005a, s. 293.

⁶² *Formula*'lara uyarak, davanın yürütülmesi şeklinde ifadesini bulan bu yeni yargılama usulü, yabancılar ile Roma vatandaşları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde *praetor peregrinus* (yabancılar *praetor*'u) tarafından uygulanmak suretiyle ortaya çıkmıştır: Di Marzo, s. 99; Talamanca, s. 298.

⁶³ Roma'da *Formula* Usulünün ilk haliyle ve ilk defa uygulayanın *praetor urbanus* olduğunu ileri sürenler, yabancılar ve Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli *praetor peregrinus*'un M.Ö. 242 yılında ihdas edilmiş olduğu, ancak daha önceki dönemlerde *Legis Actio*'lar Usulünün uygulanmasının mümkün olmadığı *ex fide bona* (iyiniyet gereğince) şeklinde gelişme göstermiş olan iyiniyet davalarının

Formula Usulü, *Legis Actio* 'lar Usulünde olduğu gibi, *magistra* huzurunda gerçekleşen *in iure* ve özel yargıç önünde gerçekleşen *apud iudicem (in iudicio)* aşamalarından oluşmaktaydı. Taraflar *in iure* aşamasında, *magistra* huzurunda taleplerini dile getirir ve *magistra* uyuşmazlığa uygun bir *formula*⁶⁴ düzenleyerek⁶⁵, onları özel yargıca gönderirdi. *Legis Actio* 'lar Usulünden farklı olarak tarafların *formula* üzerinde anlaşmaları zorunlu olduğundan davalının *magistra* huzuruna gelmesi şarttı. Ayrıca yine bazı *legis actio* 'lardan farklı olarak taraflardan hangisinin davacı hangisinin davalı olduğu *magistra* 'ya başvurdukları anda ortaya çıkmaktaydı⁶⁶.

Formula 'da öncelikle tarafların seçtikleri ve *magistra* 'nın onayladığı yargıç veya yargıçların (*recuperatores*) isimleri yazılırdı. Ardından davacının iddiasını içeren ve şartlı bir cümle olan "*intentio*", daha sonra ise "*condemnatio*" yer alırdı. *Condemnatio*, "*si paret...condemnato, si non paret absolvito*⁶⁷" sözcüklerinden yani davacının iddiasını ispat etmesi halinde yargıçın, davalıyı mahkum etmesi; aksi takdirde beraat ettirmesi şeklindeki ifadelerden oluşmaktaydı. *Formula* 'nın *exceptio* kısmında ise davalının ileri sürdüğü defiler yer almaktaydı. Tarafların *formula* üzerinde anlaşması ile yani *litis contestatio* ile *in iure* aşaması sona ererdi.

Apud iudicem aşaması ise tarafların seçtiği ve *magistra* 'nın da onayladığı özel yargıç ya da yargıçlar huzurunda gerçekleşirdi. Özel

konusunu oluşturan alım-satım, *locatio conductio* gibi yeni sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda *praetor urbanus* tarafından *Formula* Usulünün uygulanmaya başlanmış olduğunu savunmaktadır: Umur, 1974, s. 247. Ancak Pugliese'ye göre *ex bona fide* (iyiniyet gereğince) ifadeleri ilk kez *praetor peregrinus* 'un beyannamesinde yer almıştır: Pugliese, 1963, s. 52.

⁶⁴ *Gaius*, *formula* 'ya düzenlenmiş sözler anlamına gelen "*concepta verba*" demektir. Gai. 4.30.

⁶⁵ *Magistra*, önüne gelen her uyuşmazlık için bir *formula* düzenlemekteydi. *Magistra* 'nın *formula* düzenleme yetkisi, *imperium* 'unda yer alan yetkilerden birisi olan yargılama yetkisine (*iurisdictio*) dayanmaktaydı: Nicosia, s.10; Pugliese, 1963, s. 115.

⁶⁶ Cannata, s. 9-10.

⁶⁷ "sabit isemahkum et, eğer sabit olmazsa beraat ettir".

yargıç⁶⁸, *magistra* tarafından kendisine verilen emri yerine getirerek, yargılamayı yapardı⁶⁹.

Formula Usulünde, tarafların iddia (*intentio*) ve savunmaları (*exceptio*) bir *formula* ile düzenlendiğinden, *apud iudicem* aşamasında yargıç bu *formula* çerçevesinde yargılamayı yapmakla görevlendirilmekteydi. İlk bakışta yargıcın *formula* ile sıkı sıkıya bağlı olması, diğer bir deyişle *formula* dışına çıkamaması, yargıcın serbestçe olgu ve delilleri değerlendirme yetkisinin kısıtlandığı izlenimi verebilir. *Formula* ile bağlı olan yargıç⁷⁰, *formula*'da belirtilen iddia ve savunmalar çerçevesinde davalıyı ya *condemnatio*'da tespit edilmiş olan para miktarına mahkum eder ya da beraat ettirirdi. *Formula* dışına çıkarak, davalıyı *condemnatio*'da belirlenmiş para miktarından daha azına ya da daha fazlasına mahkum edemezdi⁷¹. Ancak yargılamanın yürütülmesi ve taraflarca ileri sürülen delillerin değerlendirilmesi hususunda, yargıç serbestçe hareket ederdi. Dolayısıyla, yargıç her türlü delili ya da argümanı bir diğerine kolayca tercih edebilirdi⁷². Bu koşullar altında davanın her iki tarafı da çeşitli ikna yöntemlerine başvurarak, yargıçta kendi lehine kanaat oluşması için uğraşmaktaydı. Retorik ise en güçlü ikna tekniklerinden biri olarak, yargılamada önemli bir rol oynamaktaydı⁷³.

⁶⁸ M.Ö. I.Y.Y.'dan itibaren yargıçların, *praetor urbanus* tarafından her yıl hazırlanan listede (*album iudicium*) ismi yazılı olan ve dürüstlükleri ve hukuk bilgileri ile tanınmış Roma vatandaşları arasından seçilmesine karar verilmişti. Yargıçlık, sürekli bir görev değildi; yargıçlık görevi ancak *magistra* tarafından görevlendirilen uyumsuzluk için geçerliydi. Davanın karara bağlanması ile yargıçlık görevi sona ererdi: Erdoğan-Tahiroğlu, 1985, s. 24; Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s. 238; Çelebicin Karadeniz, 2005a, s. 299; Erişgin Söğütü, 2002b., s. 100; Sungurtekin Özkan -Türkoğlu Özdemir, s. 24.

⁶⁹ *Formula* Usulünde, *magistra*'nın *in iure* aşamasının sonunda elindeki uyumsuzluğu özel yargıca gönderirken, özel yargıca yargılama yapma yetkisi vermesi (*iussum iudicandi*): Gruppo Editoriale, s. 280.

⁷⁰ Özdemir Türkoğlu, s.29.

⁷¹ Gai. 4.52.

⁷² Bu dönemde yargıç kararlarına karşı herhangi bir yaptırım söz konusu değildi. Yargıç tarafından verilen karar, *Ius Civile*, *Ius Gentium* ve *Ius Honorarium* gibi temel hukuk kaynaklarına aykırı olsa dahi geçerli olarak kabul edilmekteydi: Pugliese, 1956, s. 402.

⁷³ Pugliese, 1960, s. 395, dipnot 28.

M.Ö. II. Y.Y.'ın başlarında Yunan hatipler, diğer pek çok disiplin ile birlikte retorik kültürü Roma'ya getirmişlerdi⁷⁴. Antik çağda belirli bir konuşma eğitimi aldıktan sonra; siyaset alanında, mahkemelerde veya törenlerde herhangi bir konu üzerinde dinleyicileri ikna etmek amacıyla başvurulan konuşma sanatı, retorisi⁷⁵ oluşturmaktaydı⁷⁶. En çok etkisi Klasik Hukuk Döneminde⁷⁷ hissedilmekle beraber, retorik anlayışın Eski Hukuk Döneminde tohumlarını ektiğini söyleyebiliriz⁷⁸. Hatipler, bugünkü çağdaş hukuk yargılamasında avukatların yürütmekte olduğu rolü üstlenmekteydi⁷⁹.

*Cicero*⁸⁰'nun *Topica*⁸¹ isimli eserinde geçen “*Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*”⁸² ibaresi, bu dönemde ispat kavramının hukuki olmaktan çok

⁷⁴ Tellegen, s. 381.

⁷⁵ Klasik *rhetorica*'da ikna edici üç tür konuşma kabul edilmiştir (*Aristoteles, rhetorica I,1358ab*). 1- *Genos symbouleutikon (genus deliberatum)*: Siyasi konuşma, öğüt veren ya da aksini kanıtlayıcı konuşma; 2- *Genos dikanikon (genus iudicale)*: Yargı makamı önünde konuşma, iddia ya da savunmaya ilişkin konuşma; 3-*Genos epideiktion* ya da *panegykiron (genus demonstratum)*: Gösteri ya da törenlerde yapılan konuşma, övgü ya da yergi içeren konuşma: Dürüşken, s. 30-31.

⁷⁶ Dürüşken, s. 6.

⁷⁷ *Augustus* sonrası dönemde (M.S. I.Y.Y. ve II. Y.Y.'ın başı) retorik akım Roma'da doruk noktasına ulaşmıştı: Dürüşken, s. 80.

⁷⁸ Roma tarafından Eski Yunan'ın siyasi olarak ele geçirilmesinin ardından, toplumsal ve felsefi idealleri oturmuş ve olgunluğa erişmiş olan Yunan kültürü ile gelenekçi Roma kültürü arasında bir çatışma yaşanmıştı. Hatta Yunan kültürü, Roma'da tutucu olan soylu sınıf tarafından şiddetli bir tepki ile karşılanmıştı. Ancak M.Ö. II. Y.Y.'ın ortalarına doğru edebiyat, *rhetorica* ve felsefe öğrenimine dayalı Helenistik Kültür'ün, Roma'nın kendi geleneksel idealleri ile birlikte Roma kültürüne yerleşmiş olduğu anlaşılmaktadır: Dürüşken, s. 39-45.

⁷⁹ Delillerin ileri sürülmesi ve tartışılmasında bugün avukatların yürüttüğü görevi o dönemde hatipler yerine getirmekteydi: Pugliese, 1960, s. 391-392.

⁸⁰ *Formula* Usulü M.Ö. I. Y.Y.'da çıkarıldığı tahmin edilen *Lex Aebutia* ile kanunen *Legis Actio*'lar Usulü ile birlikte uygulama alanı bulmuştur. *Cicero* ise M.Ö. 106-M.Ö. 43 yılları arasında yaşamış ve her iki usulün uygulanmasına tanıklık etmiştir: Greenidge, s.83 vd. Eserlerinde özellikle Sicilya'da *Formula* Usulünün uygulanmasından bahsetmektedir. *Cic. De Inventione* 2. 57. ve *Cic. De Partitione Oratio* 99.'da, *Formula* Usulü'ndeki *in iure* ve *in iudicio* ayrımı açıkça görülmektedir: Roby, s. 348.

⁸¹ İşlenen konu ile ilgisi ve eserin yazılış tarihi esas alınarak, bu bölümde incelenmesi uygun bulunmuştur. *Cicero, Aristoteles*'in *Τοπικά (Topika)* isimli eserinden esinlenerek, arkadaşı *Trebatius*'un isteği üzerine *Topica* adlı eserini M.Ö. 44 yılında kaleme almıştır:

retorik bir kavram olduğu; diğer bir deyişle hukukçulardan çok hatipleri ilgilendirdiği şeklinde yorumlanmaktadır⁸³.

Cic.*Topica*,51.

“Ac loci quidem ipsius forma talis est. Admonet autem hic locus, ut quaeratur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit. Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem,” inquebat Gallus noster, si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaeretur. Tu tamen patiere nullum a me artis institutae locum praeteriri; ne, si nihil nisi quod ad te pertineat scribendum putabis, nimium te amare videare. Est igitur magna ex parte locus hic oratorius non modo non iuris consultorum, sed ne philosophorum quidem.”

Tellegen, s. 383. Cicero, bu eserinde savların gerçekliğinin ispatlanması konusunu işlemektedir: Dürüşken, s. 66.

⁸² Tellegen’e göre Gallus tarafından bu ünlü deyişin söylenmesine neden olan olay, eserin 50. paragrafında ifade edilmektedir. Cic. *Topica*, 50: *“Ab adiunctis autem posui equidem exemplum paulo ante, multa adiungi, quae suscipienda essent si statuissetur ex edicto secundum eas tabulas possessionem dari, quas is instituisset cui testamenti factio nulla esset. Sed locus hic magis ad coniecturales causas, quae versantur in iudiciis, valet, cum quaeritur quid aut sit aut evenerit aut futurum sit aut quid omnino fieri possit.”* (Biraz önce sonuçlar ile ilgili argümana örnek verdim. Vasiyet düzenleme ehliyeti olmayan kimse tarafından yapılan vasiyetin koşullarına göre bir mirasın zilyetliğinin *praetor* beyannamesince verilebileceğine karar verirsek, kabul edilmesi gereken pek çok sonuç vardı. Ancak bu sav, neyin doğru olduğu ya da nasıl meydana geldiği, neyin vuku bulacağı ya da hiç meydana gelebileceği soruları gündeme geldiği zaman, yargıç önünde ele alınan varsayımsal sorunlar bakımından daha önemlidir). Buna göre yetkisi olmayan bir kimse tarafından düzenlenen bir vasiyetle ilgili bir dava söz konusudur. Tellegen’e göre, burada sözü geçen olgu 18. paragrafta açıklandığı üzere, baba ve koca egemenliği altında olmayan *sui iuris* bir kadın (*postuma*) tarafından düzenlenen bir vasiyetin geçerliliği sorununa ilişkin bir tartışmadır. Metinde vasi ibaresi hiç geçmediğinden, kadının vasi yardımı olmaksızın vasiyet düzenlediği Tellegen tarafından kabul edilmektedir. Hukukçu Gallus, ergin olmuş, doğuştan *sui iuris* bir kadının (*postuma*), vasisi olmaksızın geçerli bir vasiyet düzenleyip, düzenleyemeyeceğini sormaktadır. Yine Tellegen’e göre, Gallus tarafından ifade edilen *“nihil hoc ad ius, ad Ciceronem”* cümlesinde geçen *ius* ibaresi retorik bakımdan, hukuki sorun (*status legales*) anlamında kullanılmıştır. Zira kadınlar için vasi tayin edilmesi, yazılı kanunlarda bulunmamakta ve örf ve adet hukuku (*mores maiorum*) tarafından idare edilmektedir. Gallus sorunu, deneyimli bir hatip olan Cicero’nun bir yanıt bulacağı düşüncesi ile ona yönlendirmektedir: Tellegen, s.386-389.

⁸³ Polara, s. 335.

“Gerçekten savın (*locus*) açık olarak ana hatları bu şekildeydi. Bir kimsenin; bir olaydan önce, o sırada ve daha sonra ne olduğunu araştırması özellikle önerilir. Bir kimse ona, maddi soruna dönüşen böyle bir dava getirdiğinde, arkadaşımız *Gallus* “bu hukuki bir meseleden çok *Cicero*’ya göre bir mesele” derdi. Bununla birlikte, sadece seninle ilgili olan konuları içermesi gerektiği konusunda bencilce davranmazsan, başladığım metnin hiçbir parçasını çıkarmama izin vermeyeceksin. Daha önce de söylediğim gibi, bu sav (*locus*) sadece hukukçular ve hatta filozoflar tarafından kullanılmamakla birlikte büyük ölçüde hatipler için önemlidir.”

Yukarıda alıntı yaptığımız metinde geçen *loci* (tekili *locus*) kelimesi, eski yunanca *τόπος* (*topos*) kelimesinin çoğuludur⁸⁴. *Locus* (*topos*), savların toplandığı yer, kaynak anlamında kullanılmaktaydı. Retorik kapsamında ise genellikle hatiplerin, konuşması ile ilgili duruma uyan genel kanıtları, gözlemleri ya da tanımları ifade etmektedir.

İspat konusunun, hukukçulardan ziyade hatiplere bırakılması, bir yetki sorununun çözümü ya da sınırlarının belirlenmesi anlamına gelmiyordu. Sadece, bugün çağdaş hukuk sistemlerinde alıştığımızdan farklı bir ispat anlayışının kabul edildiğini gösteriyordu. Genel olarak Özel Yargılama Sisteminde, yargılamanın yapısı ispat sorununun hatiplerin ilgi alanına girmesini kolaylaştırmaktaydı⁸⁵.

M.S. I. Y.Y.’ın sonuna kadar ispat kavramı⁸⁶, Romalılar için hukuki olmaktan çok retorik bir kavramdı; ayrıca tanık ve yemin gibi deliller eski

⁸⁴ Her iki sözcük de yer anlamına gelmektedir. *Aristoteles*’e göre *topoi*, gerek konuşmayı kanıtlamakta kullanılan savların malzemeleri gerekse bu savların kendisidir: Dürüşken, s. 34.

⁸⁵ Pugliese, 1960, s. 394.

⁸⁶ M.S. II.Y.Y.’ın sonu ve III.Y.Y.’ın başında artık hukukçuların yorumları (*interpretatio*) ve geliştirdikleri hatırı sayılır miktardaki kurallar ile ispat ve delil kavramları hukuk biliminin de uğraştığı önemli kavramlar haline dönüşmüştü. Hukukçular tarafından, özellikle ispat yükü ile ilgili bir dizi soruna çözüm bulmak için bu konuda genel kurallar oluşturulmaya başlanmıştı, bu sırada ispat ve çeşitli ispat vasıtaları hakkında yorumlarda da bulunulmaktaydı: Pugliese, 1960, s. 398-403.

hukuk döneminden kalma doğaüstü ve irrasyonel niteliğini korumaktaydı. Ancak Yunanlılar tarafından geliştirilen ῥητορικὸς (*rhētorikos*-retorik) yani güzel konuşma sanatı, Roma'da farklı bir boyut kazanmıştı. Zira Yunanlılardan farklı olarak Romalılar “*iurisprudentia*” (hukuk bilimi) üzerinde de kafa yormuşlar ve bu nedenle retorik ile hukuk bilimi arasında bir ayrıma gitmişlerdi. Hukuk bilimi işlem ve/veya eylemlerin hukuki sonuçları ya da belirli bir olgunun hukuka uygunluğu ile ilgilenmekteyken; retorik teknik anlamda tartışarak, ikna etme ve inandırma yöntemleri ile kendi tezini desteklemek ve karşı tarafın tezini çürütmek üzerine kurulmuştu⁸⁷. Retorik ile hukuk bilimi arasındaki bu önemli ayrım ispat ve delil kavramlarını da etkilemiştir. Retorik geleneğinde, ileri sürülen bir olgunun doğruluğu ya da gerçekliği konusunda yargıçta kanaat oluşturmayı amaçlayan teknik anlamda bir ispat, söz konusu değildi. Yargıç kendi tezine inandırmak çok daha önemliydi. Hatipler *artificiales* (teknik yani hatip tarafından gösterilen) deliller ve *inartificiales* (teknik olmayan yani dışa bağlı) deliller şeklinde bir ayrım yapmaktaydı. Teknik deliller tümevarım ve tümdengelim metotları ile oluşturulan ve yargıç her şekilde ikna etmeye yönelik delilleri, teknik olmayan deliller ise tanık, senet, yemin gibi kesin bir biçimde dışa bağlı delilleri ifade etmekteydi⁸⁸.

Dönemin ünlü hatiplerinden *Quintilianus*⁸⁹'un başyapıtı olarak kabul edilen ve hatiplerin eğitime adanmış olan “*Institutio Oratoria*” isimli eserinde, delillere ilişkin “*artificiales*” ve “*inartificiales*” ayrımından ve bu delillerin niteliğinden bahsedilmektedir.

⁸⁷ Bu nedenle hukuk bilimi avukatlardan çok *magistra* ya da yargıç için yol gösterici bir rehber iken retorik yargılama sırasındaki mücadelede bugün avukatların görevini yerine getirmekte olan hatipler için bir rehber olabilirdi: Pugliese, 1960, s. 393.

⁸⁸ Pugliese, 1960, s. 399-400. Umur, Suni deliller ve suni olmayan deliller şeklinde bir ayrım yapmaktadır: Umur, 1974, s. 62. Küçükgüngör de Umur ile aynı terimleri kullanmaktadır; Küçükgüngör, 1998b., s. 481-482.

⁸⁹ *Principatus* döneminde yaşamış ünlü hatip. Eski Yunan kaynaklı yeni bir *rhetorica* eğitim modeli yaratarak, Cumhuriyet dönemi *rhetorica* anlayışını geri getirmeyi amaçlamıştır. *Institutio Oratoria*, Roma retorik kültürünün en önemli eserlerinden biri olarak kabul edilmektedir: Dürüşken, s. 88.

Quint. Ins. Or.5.1.

I. *Ac prima quidem illa partitio ab Aristotele tradita consensum fere omnium meruit, alias esse probationes quas extra dicendi rationem acciperet orator, alias quas ex causa traheret ipse et quodam modo gigneret; ideoque illas atechnous, id est inartificiales, has entechnous id est artificiales, vocaverunt. II. Ex illo priore genere sunt praeiudicia, rumores, tormenta, tabulae, ius iurandum, testes, in quibus pars maxima contentionum forensium consistit. Sed ut ipsa per se carent arte, ita summis eloquentiae viribus et adlevanda sunt plerumque et refellenda. Quare mihi videntur magnopere damnandi qui totum hoc genus a praeceptis removerant.*

1. Öncelikle Aristoteles tarafından ortaya koyulan ayırım, neredeyse tüm hatiplerin takdirini kazanmıştı. Şöyle ki; bazı deliller vardır ki hatip konuşma sanatı ile ilgisiz olarak kabul eder; diğerleri ise bizzat kendisi tarafından ortaya koyulur sanki hatip kendi davasından yaratır. İlki bu nedenle □τεχνοι (atechnoi) yani *inartificiales* deliller, ikincisi ise □ντεχνοι (entechnoi) *artificiales* deliller olarak anılırdı.2. İlk türdekiler: önceki mahkeme kararları, söylenti, işkence altında elde edilen deliller, senet, yemin ve tanıklardır ki bunlar adli uyuşmazlığın büyük bir kısmını ilgilendirir. Ancak sanat içermeseler de hitabetin tüm yetkileri, onları çürütmeyi veya etkisiz hale getirmeyi gerektiren bir kural gibidir. Sonuç olarak, kanımca, kim kendi hitabet öğretisinden bu delil türünün tamamını çıkartır, en ağır cezayı hak eder.

Quintilianus, yukarıda alıntı yaptığımız metinde delillere ilişkin *artificiales* deliller (teknik deliller) ve *inartificiales* deliller (teknik olmayan deliller) şeklinde yapılan ayırımın temelinde, delillerin retorik sanatı içerip içermemesini göstermektedir. Hatiplerde retorik sanat içeren *artificiales* delillere daha çok itibar etme eğilimi vardır. Zira hatibin asıl amacı savunduğu taraf lehine tezini desteklemek ya da karşı taraf aleyhine onun tezini çürütmektir. *Quintilianus*, *artificiales* delilleri, *exempla* (emsal gösterme), *signa* ve *argumentum* (akıl yürütme) olarak

sıralamaktadır⁹⁰. *Exempla*, bir olgu ya da bir dizi olgunun ele alınan olgu ile aynı sonuçları doğurduğu ya da doğuracağını göstererek, benzer şekilde karar vermek gerektiğini ortaya koymaktır⁹¹. *Signa*⁹², hatip tarafından akıl yürütmenin bir parçası olarak lehe ya da aleyhe kullanılan; bir elbise üzerindeki kan lekesi, bir morluk, bir gürültü gibi kanıtlardır⁹³. *Argumenta* ise retorik sanatın temel taşlarından biri olan akıl yürütmeyi temsil etmektedir. Soruna ilişkin tezin tamamı veya bir kısmını destekleyen ve ispata gerek olmayan belirli sonuçlara ilişkin akıl yürütme, *artificiales* delillerden *argumenta* 'yı oluşturmaktadır. Örneğin, duyarlarla algılananlar, genel kabul görmüş görüşler, yasa ile tespit edilmiş olgular hatip tarafından *argumenta* kapsamında ileri sürülmektedir. *Argumenta* kesin gerçeği temsil etmekten ziyade gerçeğe yakınlığı ve gerçek olma olasılığını ifade etmektedir.

Aristoteles 'e göre *inartificiales* deliller, tanık (*testes*), işkence ile elde edilen beyan (*quaestiones*), söylenti (*rumores*), kanun (*leges*), genel olarak sözleşmeler (*pacta conventa*) ve emsal karar (*res iudicatae*) idi⁹⁴. *Quintilianus* ise yukarıda alıntı yapmış olduğumuz metinde de görüldüğü gibi daha ayrıntılı bir liste ile *inartificiales* delilleri saymaktadır. Ona göre *inartificiales* deliller: tanık (*testes*), yemin (*iusiurandum*), emsal

⁹⁰ Quint. Ins. Or.5.9.1.: “*Omnis igitur probatio artificialis constat aut signis aut argumentis aut exemplis*”.

⁹¹ *Aristoteles*, *exempla* 'yı retorik tümevarım olarak nitelemiş ve emsal olarak tarihi olaylardan hatibin yarattığı hikayelere kadar geniş bir yelpazedeki olay ve olguların gösterilebileceğini belirtmiştir. *Quintilianus*, benzer konularda önceden verilmiş olan kararların aynı zamanda *exempla* (emsal gösterme) olduğunu vurgulamıştır. Hukukçular ise hukuki bir sorunun çözümünde, kendilerinden önceki dönemde yaşamış hukukçuların görüşlerine ya da imparatorların cevaplarına başvururlardı; ancak bunu *exempla* olarak adlandırmazlardı: Pugliese, 1960, s. 423.

⁹² *Quintilianus* 'dan önceki retorik gelenekte delil olarak ayrıca belirtilmemiş *argumenta* 'nın bir parçası olarak kabul edilmiştir: Pugliese, 1960, s. 422.

⁹³ Quint. Ins. Or. 5.9.1. “*Quae mihi separandi ratio haec fuit prima, quod sunt paene ex illis inartificialibus (cruenta enim vestis et clamor et livor et talia sunt instrumenta, qualia tabulae, rumores, testes, nec inveniuntur ab oratore, sed ad eum cum ipsa causa deferuntur)*”. *Quintilianus*, bu metinde *signa* 'yı retorik sanat içermemesi nedeniyle *inartificiales* delillere benzetmektedir. Ona göre *signa* hatip tarafından yaratılmamaktadır, davanın kendisinden çıkarılmaktadır.

⁹⁴ Giuliani, s. 432.

karar (*praeiudicia*), şöhret ve söylenti (*fama atque rumores*)⁹⁵, işkence ile elde edilmiş belge (*tormenta*)⁹⁶ve senet (*tabulae*) şeklindedir.

Retorik geleneğe göre delillerin ele alınmasından önce, *Formula* Usulü'nün kendi özgün yapısını dikkate alarak özellikle yemin ve ikrar delillerini ele almakta yarar vardır.

Retorik kaynaklarda ikrar (*confessio*), deliller arasında gösterilmemektedir⁹⁷. Bunun nedeni, ikrarın kendi özelliğinden kaynaklanabilir. Zira ikrarda davalı davacının iddiasının doğruluğunu kabul etmekte ve özellikle *in iure* aşamasında ikrar söz konusu olmuşsa (*confessio in iure*), *apud iudicem* aşamasına geçilmeden icra aşamasına geçilebilmekteydi. Bu durumda yargıcı ikna etmek için ona herhangi bir argüman gösterilmesi söz konusu olmamaktaydı⁹⁸. Davacı iddiasının kesin olarak belirlenmiş bir şey olması (*intentio certa*) durumunda *magistra* huzurundaki ikrar, yargılamayı sona erdirirdi⁹⁹. Talep konusunun kesin olarak belirlenmemiş olduğu (*intentio incerta*)

⁹⁵ Quint. Ins. Or. 5.3.1. *Quintilianus*'a göre , *rumores* halk arasındaki gezinen söylentilerdir. Hukuki kaynaklarda da bu ibare geçmekte; ancak özellikle delil olarak belirtilmemekle birlikte bazı hukuki etkileri olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, kadının ilk kocasının öldüğü haberi söylentilerle ulaşırsa bu durum, ikinci evliliğini geçerli hale getirecektir. D.48.5.12.11-12: Pugliese, 1960, s. 419.

⁹⁶ İşkence, daha çok ceza yargılamasında başvurulan bir yöntemdi. Cumhuriyet döneminde özgür kimselere işkence edilmesi yasaklanmıştı. *Principatus* döneminde de bu yasadak uygulanmaya devam etmiştir. İmparator *Marcus Aurelius*, kişilerin sosyal statüsüne göre de bu yasağın uygulanmasını sağlamıştır. Hukuk davalarında ise miras ve bizzat kölenin mülkiyetini belirlemek amacıyla kölelere işkence yapılmak suretiyle beyanları alınıyordu: Pugliese, 1960, s. 412.

⁹⁷ Çağdaş hukuk sistemlerinde de ikrarın delil sayılıp sayılmaması hususu farklılık göstermektedir. Fransız hukukunda ikrar, delil olarak kabul edilmekte iken Alman ve İsviçre hukukunda delil olarak kabul edilmemektedir. Türk hukukunda da HMUK'da ikrarın, "delil ikamesi" başlığı altında düzenlenmesi nedeniyle, delil olarak kabul edilmesi görüşü ağırlık kazanmıştır: bkz. Kuru-Yılmaz-Arslan, s. 436 vd. Ancak kimi yazarlara göre ikrar, tek taraflı bir usuli işlem olarak, delil ikamesini ve ispat gereksinimini ortadan kaldıran bir taraf beyanıdır ve bunun için mahkeme kararına ya da karşı tarafın kabulüne gerek yoktur: bkz. Pekcanitez-Atalay-Özkes, s.406 vd.

⁹⁸ Pugliese, 1960, s. 415.

⁹⁹ Davalı, davayı kaybedeceğini öngörerek ikrarda bulunabilirdi. Bu takdirde haksız olduğu halde yargılamaya devam edilmesine sebep olduğu gerekçesiyle talep miktarının iki katına mahkum edilmekten kurtulmuş olurdu. Gai.4.171.

davalarda ise davalının ikrarından sonra yargılamaya, davalının mahkumiyetine karar verilecek miktarın belirlenmesi için devam edilirdi¹⁰⁰. Ancak burada özel yargıç, yalnızca “mahkumiyet miktarının” belirlenmesi yönünden yargılamayı yürütürdü, o nedenle davalının ikrarını serbestçe takdir etmesi ya da ikrarına rağmen davalının beraatine karar vermesi mümkün değildi. *In iure* aşamasında, ikrarın söz konusu sonuçları doğrulabilmesi için davacı iddiasının temelini teşkil eden maddi olguların yanı sıra dava konusu hakkın da davalı tarafından doğruluğunun beyan edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla *in iure* aşamasında ikrar söz konusu olduğu takdirde, uyuşmazlığın özel yargıç önüne taşınmasına gerek olmadan yargılama sona ermekteydi. Diğer bir deyişle, ikrar hüküm ve sonuçlarını doğrudan *in iure* aşamasında meydana getirmektedir.

Apud iudicem aşamasında da ikrar söz konusu olabilmekteydi. Eğer davalı, yargıç önünde davacının iddiasının doğruluğunu kabul etmişse, yargıç kararı davalının bu kabulüne bağlı değildi. Yargıç diğer delilleri değerlendirmekte nasıl bir serbestiye sahipse aynı şekilde ikrar delilini de serbestçe takdir edebiliyordu. Dolayısıyla *apud iudicem* aşamasında ikrar, takdiri bir delil olarak işlev görüyordu¹⁰¹.

Benzer şekilde yemin (*iusiurandum*) de *Formula* Usulünün kendine özgü yapısından dolayı farklı bir özellik göstermekteydi. Retorik kaynaklarda yemin, *inartificiales* deliller arasında sayılmaktaydı; ancak bu dönemde üç farklı yemin türü bulunmasına rağmen retorik kaynaklarda tam olarak hangi delilden bahsedildiği belirtilmemiştir¹⁰². Bu yeminlerden birincisi, *magistra*'nın müdahalesi olmaksızın tarafların kendi aralarında yerine getirdikleri yemin (*iusiurandum valuntarium*)¹⁰³di. Her ne kadar *magistra*'nın müdahalesi olmadan,

¹⁰⁰ Pugliese, 1960, s. 415; Küçüküngör, 1998b., s. 485-486.

¹⁰¹ Pugliese, 1960, s. 415.

¹⁰² Pugliese, 1960, s. 413.

¹⁰³ Daha eski dönemlerde, taraflar arasında ve yargılama makamları önünde olmayan yeminin uygulanmakta olduğu büyük hatip *Cato*'nun *de agricultura* isimli eserinden de anlaşılmaktadır. *Cato de agricultura* 145: “*Factores, qui oleum fecerint, omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem esse de fundo Luci Manli neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse*” (Üretimde katkısı olanların hepsi malikin ya da

yalnızca taraflar arasında ifa edilmiş olsa da taraflardan birisi yemin teklif ettiğinde diğeri yemini yerine getirirse ve daha sonra yemin teklif eden taraf iddiasını *magistra* önüne taşırırsa, *magistra* ya davayı reddeder ya da davalıya bir “*exceptio iusiurandi*” verirdi. Ancak diyelim ki borçlu alacaklıya “alacaklı olduğuna dair” yemin teklif etmiş ve alacaklı tarafından yemin yerine getirildiği halde borçlu borcunu ifa etmemişse o zaman “*actio iusiurandi*” ile alacak iddiası özel yargıç önüne taşınırdı. Yargılama makamları önünde yerine getirilmeyen yeminin dini niteliği ağır basmaktaydı.

İkincisi, *in iure* aşamasında *magistra*’nın izni ile davacı tarafından davalıya yöneltilen yemin (*iusiurandum in iure* ya da *iusurandum necessarium*) idi. Kendisine yemin teklif edilen davalı ya yemin etmek ya da yemini davacıya yöneltmek durumundaydı. Her iki tarafın yemini de davayı sona erdirirdi¹⁰⁴. Davalının yemin etmesi halinde *magistra* davayı reddeder, davacının yemin etmesi halinde ise dava sona erer ve icra aşamasına geçilirdi. Davalının yeminden kaçınması da davacının iddiasının kabulü anlamına gelirdi. Davacının yeminden kaçınması ise kendisine istediği *formula*’nın verilmemesi şeklinde sonuç

temsilcisinin huzurunda gerek kendilerinin gerekse işbirliği yaptıkları kimselerin *Lucius Manlius*’un çiftliğinden zeytin ya da zeytinyağı çalmadıkları şeklinde yemin edeceklerdir). Metinde sözü edilen yemin üretimi gerçekleştiren kimselerden herhangi biri tarafından yerine getirilmezse, sözü edilen kişinin payı düşülecek ve ona göre ödeme yapılacaktır: *qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debetur*. Bu nitelikte bir yemin, taraflar arasındaki hukuki işlem bakımından sonuç doğurmaktaydı.

¹⁰⁴ Pugliese, 1960, s. 413; Küçükgüngör, 1998b., s. 486. Cannata, karşı görüştedir. Yazara göre *magistra* önünde ifa edilen “*iusiurandum in iure*” yargılamayı sona erdiren bir delil niteliğinde değildi. Taraflardan herhangi biri karşı tarafa yemin teklifinde bulunabilirdi. Davacı davalıya iddianın geçersizliği üzerine yemin etmesini, davalı da davacının iddiasının geçerliliği üzerine yemin etmesini teklif edebilirdi. Bu yeminin yerine getirilmemesi durumunda, yargılamaya kaldığı yerden devam edilirdi: Cannata, s. 151. Provera ise Pugliese’nin görüşüne kısmen katılmaktadır. Yazara göre “*causa pecuniae*” yani para alacağına ilişkin bir dava söz konusu ise bu aşamada yemin, yalnızca davacı tarafından teklif edilebilirdi. Davalı ya yemin etmek ya da yemin teklifini karşı tarafa iletme durumundaydı. Davalı ne yemini yerine getirir ne de davacıya iletirse, “borcun varlığına ilişkin” yemin etmiş gibi değerlendirilir ve mahkumiyet yaptırımını altındaki dava ile karşı karşıya kalırdı. Ancak eğer “borcu olmadığına” dair yemin etmişse, davacının dava talebi *praetor* tarafından reddedilirdi: Provera, s. 89.

doğurmaktaydı¹⁰⁵. *In iure* aşamasındaki ikrarda olduğu gibi, maddi olguların yanı sıra dava konusu hak da yeminin konusunu teşkil etmekteydi. Bu aşamada bir de taraflar davayı iyiniyetle yürüteceklerine, iddia ve savunmalarında haklı olduklarına dair birbirlerine yemin (*iusiurandum calumniae*)¹⁰⁶ teklif edebiliyordu. Eğer davacı yemin etmekten kaçınırsa ve davalı yemini yerine getirirse *praetor* davacıya talep ettiği *formula*'yı vermeyerek, dava hakkını reddederdi yani “*denagatio actionis*” kararı verirdi. Fakat eğer davalı yemini yerine getirmez ve davacı yemin ederse, bu takdirde yargılama sona erdirilir ve icra aşamasına geçilirdi¹⁰⁷. İşte burada söz konusu olan her iki yemin türü de yargılamayı *in iure* aşamasında sona erdirmekteydi. Ancak teknik anlamda bir karar (*sententia*)¹⁰⁸ ile yargılama son bulmamaktaydı. Bu durumda *magistra* huzurunda yargılama sona erdiğinden özel yargıcın söz konusu yemin delilini değerlendirmesi mümkün olmuyordu. O nedenle bu aşamadaki yeminin bir ispat aracı olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunun aydınlatılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu husus, *Formula* Usulünün *magistra* huzurunda ve özel yargıç huzurunda gerçekleşen iki aşamalı bir usul olduğu dikkate alınarak, ele alınmalıdır. Zira *in iure* aşamasında *magistra*, önüne gelen uyuşmazlığa dava hakkı tanıdığı takdirde tarafların taleplerini bir *formula*'ya bağlayarak¹⁰⁹, taraflarca seçilmiş hakime yargılamayı yürütme yetkisi verirdi. Bu aşamadaki yemin ile *formula* düzenlenmeden yani *litis contestatio*¹¹⁰

¹⁰⁵ Gruppo Editoriale, s. 273, Umur, 1983, s. 105.

¹⁰⁶ Gai.4, 176.

¹⁰⁷ Cannata, s. 151-152.

¹⁰⁸ Yargıç tarafları dinlemesinin, delilleri incelemesinin ve kanaatini oluşturmasının ardından *apud iudicem* aşamasını sona erdiren kararını açıklardı. Yargıcın kararı, ister davalının mahkumiyeti isterse beraati şeklinde olsun, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturduğundan, aynı taraflar için söz konusu uyuşmazlık bir daha dava konusu olamazdı yani yargıcın bu kararı kesin hüküm (*res iudicata*) teşkil ederdi: Umur, 1974, s. 615.

¹⁰⁹ *Dare Iudicium*: *Magistra*'nın, tarafların taleplerini değerlendirmesi ve üzerinde anlaşıkları *Formula*'yı onlara vermesi: Umur, 1983, s. 97.

¹¹⁰ Tarafların *formula* üzerinde anlaşmaları ile davanın tespit edilmesi. Yargıç, “*litis contestatio*” ile belirlenmiş uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir hukuki değerlendirme yapamayacağı gibi talep konusu ya da savunma kapsamına ilişkin de bir değerlendirme yapamaz; ancak *formula*'da belirtilen olguları değerlendirebilirdi. *Litis contestatio*

işlemi yapılmadan, davacının yemin etmesi ya da davalıya teklif ettiği yeminden davalının kaçınması halinde davacının iddiası kabul edilerek, icra aşamasına geçilmek suretiyle yargılama sona ererdi. Böyle bir durumda her ne kadar uyuşmazlık özel yargıç önüne taşınmasa ve yargılama normal seyrinde devam edip, bir karara bağlanmamış olsa da sanki davalı hakkında mahkumiyet kararı verilmiş gibi icra aşamasına geçilmekteydi¹¹¹. Davalının yemin etmesi ya da davacının kendisine teklif edilen yeminden kaçınması halinde *magistra* davacının talep ettiği *formula*'yı vermeyerek, olayı çözüme bağlardı (*denegatio actionis*). Bu durumda henüz *litis contestatio* ile dava tespit edilmemiş olduğundan ve maddi ve hukuki olgular *formula* ile ortaya konulmamış olduğundan bu aşamadaki yeminin teknik anlamda bir ispat aracı olmadığı görüşü bazı çağdaş Roma Hukukçuları tarafından benimsenmektedir¹¹².

Üçüncü yemin türü ise *apud iudicem* aşamasında özel yargıç önündeki "*iusiurandum in litem*" di. Bu yemin ise, teknik anlamda ispat aracı olarak kabul edilmektedir¹¹³. Bu aşamadaki yemin ile ilgili olarak kaynaklarda çok kesin değerlendirmelerle karşılaşmamakla beraber, *in iure* aşamasındaki yeminden farklı olarak, tarafların her ikisinin de karşı tarafa yemin teklif edilebildiği kabul edilmektedir.

işleminin iki önemli sonucu vardı. Birincisi *litis contestatio* işlemi ile birlikte tarafların yükümlülükleri değişirdi. Örneğin, bu aşamaya kadar davalı *dare fare oportere* yani yapma, verme borcu altında iken, bu aşamadan sonra yargılamanın bir öznesi haline dönüştüğünden *formula*'da belirtilen mahkumiyet yaptırımı ile karşı karşıya idi. İkinci olarak, *litis contestatio* işlemi ile birlikte tarafların dava ile ilgili iddia ve savunmaları bir *formula* ile tespit edilmiş olduğundan artık aynı davanın bir daha açılması mümkün olamıyordu: "*bis de eadem re ne sit actio*". Davalı bu durumda kesin hüküm bulunduğunu savunmasında dile getirir ve *praetor* tarafından kendisine bir defî (*exceptio*) verilirdi. Davalı tarafından *exceptio rei in iudicium deducta*, yani kesin hüküm defî ileri sürüldüğü takdirde, *apud iudicem* aşamasında yargıç ilk olarak bu sorunu ele alır ve eğer davalı tarafından davaya ilişkin *litis contestatio* işleminin daha önce yapılmış olduğu olgusu kanıtlanırsa, davacının ileri sürdüğü iddiaların kanıtlanmasına gerek olmadan yargıç duruşmayı sona erdirerek davalının beraatine karar verir: Cannata, s. 180.

¹¹¹ Küçükgüngör, 1998b., s. 486.

¹¹² Pugliese, Biondi'nin bir karar olmaksızın uyuşmazlığın çözümüne neden olduğu için bu aşamadaki yeminin, teknik anlamda bir ispat aracı olarak kabul edilemeyeceği görüşüne katılmaktadır: Pugliese, 1960, s. 413.

¹¹³ Pugliese, 1960, s. 413-414.

D.12.2.31

Gaius 30 ad ed. provinc.

“Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit (solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit): quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.”

“Şunu da incelemeyiz ki, bir kimse yalnızca onlara dayanmak üzere yeni belgeler bulduğunu ifade ettiğinde, yemin yerine getirildikten sonra bile bir davanın yeniden görülmesine *princeps* emirnameleri ile izin verilmişti. Ancak bu emirnameler yargıç tarafından bir kimsenin beraat ettirildiği dava (belirsizlik olan davalarda, yeminden sonra yemin eden lehine karar vermek şeklinde yargıçların sıklıkla başvurdukları bir uygulama nedeniyle) ile sınırlanmıştır. Eğer farklı koşullarda, taraflar bizzat kendi aralarındaki ilişkiyi yemin ile düzenlemişlerse, aynı sürecin yeniden canlandırılmasına izin verilmez.”

Yukarıda alıntı yaptığımız metninde, *Gaius*, özel yargıcın davada belirsizlik olduğunda (*in dubiis causis*) ve huzurunda yemin teklif edildiğinde yemin eden taraf lehine karar vermek eğiliminde olduğu (*exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit*) ve bu uygulamaya sık sık başvurulduğundan bahsetmektedir. Ancak yargılama makamları önünde olmayan, yalnızca tarafların kendi aralarında yerine getirmiş oldukları yeminin aynı sonucu doğurmadığı da metinde vurgulanmaktadır.

Bu metinden hareketle, *Formula* Usulünde özel yargıç önündeki yeminin kimi durumlarda kesin delil niteliğini haiz olduğu kabul

edilebilir¹¹⁴. Zira metinden de anlaşıldığı üzere yargıcın yemin eden lehine davayı karara bağlaması, sıkça rastlanmakla beraber zorunlu olan bir uygulama değildi: “*solent enim saepe*”.

Burada önemli bir hususa daha değinmek gerekirse, M.Ö. I. Y.Y.’ın sonuna kadar, hatiplere göre hukuk kuralı (*ius*) da ispat edilmeliydi¹¹⁵. Bunun için başvurulacak kanunun yanı sıra vasiyet ya da benzeri hukuki belgeler gibi deliller *inartificiales* grubuna dahil olarak kabul ediliyordu¹¹⁶.

Özellikle *Quintilianus*’un *Institutio Oratoria* isimli eserindeki *inartificiales* delilleri esas alarak, diğer delillere ilişkin incelememize devam edecek olursak, tanık delili ile incelemeye başlamak yerinde olacaktır. Zira tanık, retorik kaynaklarda en çok sözü edilen delildir¹¹⁷. İspat işlevlerinin yanı sıra tanıkların işleme geçerlilik kazandırma işlevleri bu dönemde de geçerliliğini korumaktaydı. Tanıklarla ilgili olarak *Legis Actio*’lar Usulünde yaptığımız ayırım, *Formula* Usulü için de geçerlidir. Şöyle ki, hukuki işlemin geçerliliği için işleme katılan tanıklar (*testes rogati*), hukuki işlemin uyumsuzluk konusu olması halinde, özel

¹¹⁴ Pugliese, 1960, s. 413. Ancak bu konuda kaynaklarda kesin ve açık bir değerlendirme bulunmadığından, Çağdaş Roma Hukuku doktrininde de farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kimi yazarlara göre *apud iudicem* aşamasındaki yemin diğer delillerden farksızdı ve kesin delil niteliği bulunmamaktaydı. Ancak bazı yazarlara göre *in iure* aşamasındaki gibi, bu yemin de kesin delil niteliğinde ve yargılamayı sona erdiren bir yemindi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pugliese, 1960, s.414 vd.

¹¹⁵ *Iura novit curia* yani “hakim hukuku bilir” ilkesi, özellikle Eski Yunan Hukukunda bilinmiyordu. Benzer şekilde M.Ö. I. Y.Y.’a kadar Roma’da da bu ilke bilinmiyor ve uygulanmıyordu. Pugliese, 1960, s. 400, dipnot 40.

¹¹⁶ *Hermagoras*, davanın temel sorununu (*stasis-στάσις*) (*status*), iki önemli gruba ayırmaktadır: *status rationales* ve *status legales*. Birinci grup, daha soyuttur ve sorunun tanımlanmasına ilişkindir. Sorun tanımlanırken, olguların yanı sıra hukuki tanımlama da yapılması mümkün olabilmektedir. İkinci grup ise yalnızca hukuki soruna ilişkin nitelendirme yapılmaktadır: Giuliani, s. 438; Pugliese, 1960, s. 400-401; Dürüşken, s. 31-32.

¹¹⁷ *Cicero* ve *Quintilianus*’un eserlerinde tanık, tanrısallığın dışı vurumu olarak kabul edilmekte ve tanrıların sorulara ilişkin verdiği kabul edilen yanıtlardan ve tanrılardan gelen işaretlerin yorumlanması ya da kehanetlerden farklı görülmemektedir. O nedenle retorik kaynaklardaki tanık, irrasyonel bir kavrama işaret etmektedir. Oysa hukuki kaynaklarda tanık, insani bir delil olarak kabul edilmektedir: Pugliese, 1960, s. 405-406.

yargıç önüne çağırılırlardı. Ancak bu durum tanıkların işleme geçerlilik kazandırma özelliğini ortadan kaldırmazdı, işlemin geçerliliği için hukuki işlemin yapıldığı sırada tanıkların bizzat bulunmaması işlemin geçersiz hale getirmekteydi. Dolayısıyla aynı tanıkların yargılama makamı önündeki ifadeleri özellikle işleme katılıp katılmamış olduklarını teyit etmeleri bakımından önem arz etmekteydi¹¹⁸.

Diğer tanıklar¹¹⁹ (*testes voluntarii*) ise daha çok taraflardan birinin yararına belirli bir olguya ve yararına tanıklık yaptığı kişinin şahsına tanıklık yapmak şeklinde yargılamaya katılmaktaydı. Bu tanıklar ya yargılama esnasında sözlü olarak ya da kendi yazdığı belge ile yazılı olarak (*testimonia dicta per tabulas*)¹²⁰ beyanda bulunurdu¹²¹.

Tanıklar kendilerine yöneltilen sorulara yanıt verirlerdi. Tanıklara soruları ise tarafları davada savunan hatipler (*patronus*) yöneltmekteydi. Yargıç ya da yargıçlar (*recuperatores*) tanığa soru yöneltemezler; ancak bu süreci yönetirlerdi¹²². Tanık beyanı yargıç tarafından serbestçe değerlendirilirdi¹²³.

Retorik kaynaklarda, tüm yazılı belgeleri ifade etmek üzere *tabulae* sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. Hukuki kaynaklarda ise aynı anlama gelmek üzere *instrumenta* kelimesi kullanılmakla beraber kişinin bizzat kendi yazdığı belge anlamında *chirographum*, üçüncü kişi tarafından yazılan ve tanığın mührünü içeren belge anlamında *testatio*

¹¹⁸ O nedenle işlemin bir parçası olarak kabul edildiklerinden bu tür tanıklar teknik bakımdan ispat aracı olarak kabul edilmemektedir: Pugliese, 1960, s. 406.

¹¹⁹ D.22.5.12. (Ulpianus 37 ad ed.): "Ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est". Ulpianus, , bu metinde eğer tanık sayısı belirtilmemişse iki tanığın yeterli olduğundan bahsetmektedir.

¹²⁰ Quint.Inst.Or.5.7.1.

¹²¹ Tanıkların yazılı beyanları hatibin konuşması esnasında okunurdu. Tanıkların sözlü olarak beyanları ise ceza yargılamasında hatiplerin konuşmasından sonra dinlenmekteydi. Medeni yargılamada ise yargıç ne zaman isterse o zaman tanığı dinlerdi: Pugliese, 1960, s. 409-410.

¹²² Ceza yargılamasında da tarafları savunan hatipler tarafından tanıklara soru yöneltilirdi. Pugliese, bu uygulamayı bugün *anglo-sakson* hukuk düzenindeki çapraz sorgu (*cross-examination*) yöntemine benzetmektedir: Pugliese, 1960, s. 410.

¹²³ Küçükgüngör, 1998b., s. 490.

ibarelerine rastlanmaktadır¹²⁴. Bu dönemde de yazılı belgeler diğer delillerden üstün değildi ve yargıç tarafından serbestçe takdir edilmekteydi¹²⁵.

Emsal karar (*preiudicia*), *Quintilianus* tarafından üç gruba ayrılarak, incelenmiştir¹²⁶. Birincisi, benzer türdeki davalarda verilmiş ve önceki kararlar ile karşılaştırılabilir olanlar. İkincisi aynı tarafları ilgilendiren bir karar oluşturmadığı halde aynı dava hakkında verilen kararlar. Üçüncüsü ise belki aynı tarafları ilgilendiren ancak kesin karar olma özelliği olmayan benzer dava hakkındaki kararlardır. Her üç grupta yer alan kararların ortak özelliği ise teknik olarak “kesin hüküm (*res iudicata*)” niteliğinde olmamasıdır¹²⁷.

Formula Usulünde, yargıç *magistra* tarafından görevlendirildiği anda yargılamayı yapmakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğün davayı karara bağlama zorunluluğu içerip içermediği doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Doktrindeki baskın görüş, yargıcın *formula*’daki mahkumiyet ve beraat kararı ile bağlı olmayıp, “*sibi non liquere*” yani bana göre açık değil şeklinde yemin ederek, karar vermekten kaçınabileceği şeklindedir¹²⁸. Buna göre, uyuşmazlık hakkında açık ve kesin bir kanaat oluşturamamış yargıca bu şekilde davadan bir nevi çekilme hakkı ya da daha doğrusu sorumluluğu tanınmıştı. Yargıç tarafları dinledikten, olgu ve delilleri değerlendirdikten sonra kendisinde bir kanaat oluşmamış ise “bana göre açık değil” diyerek yemin etmek

¹²⁴ Küçükgüngör, 1998b., s. 483; Pugliese, 1960, s.416-417.

¹²⁵ Di Marzo, s. 115. Yunan kültürünün etkisi ile bu dönemde yazılı belge kullanımı Roma’da da yaygınlaşmaya başlamıştı. Ancak yazılı deliller, hatiplere göre elde edilmesi zor delillerdi. Bu nedenle tanık delili ile eşit değerde kabul ediliyordu: Loschiavo, s. 27.

¹²⁶ Quint. Ins. Or. 5.2.1-5. *Cicero, res iudicatae* ibaresini kullanmıştır: Cic. De Orat. 2.27.116.

¹²⁷ Retorik kaynaklarda delil olarak kabul edilmekteyken hukuki kaynaklarda *preiudicia*, delil olarak nitelendirilmemektedir. Bu da retorik anlamda delil ve hukuki anlamda delil kavramlarının farklı olduğuna dair bir başka göstergedir: Pugliese, 1960, 421.

¹²⁸ Pugliese, 1963, 253. Kimi hukukçular ise *Formula* Usulünde yargıcın *formula* ile ve dolayısıyla *condemnatio*’daki “*si paret.....condemnato si non paretabsolvito*” hükmü ile bağlı olduğundan davalıyı mahkum etmek ya da beraat ettirmekten başka bir seçeneği olmadığı görüşündedir. Tartışmalar için bkz. Polara, s. 343.

suretiyle davalının mahkumiyeti ya da beraatine ilişkin bir karar vermeden davadan çekilmekte idi.

Gellius'un *Noctes Atticae* isimli eserindeki 14.2. numaralı metni bu konuda en çok incelenen, en çarpıcı metinlerden birisidir. Burada *Gellius* yargıç olarak atandığı bir davadan bahsetmektedir. Buna göre davacı belirli bir para alacağı iddiası ile *actio certae creditae pecuniae*¹²⁹ talep ederek, dava açmıştır. Ancak iddiasını ne yazılı belge ile ne de tanıkla (*neque tabulis neque testibus*) ispat edebilmiştir. Davalı ise avukatları aracılığı ile dile getirdiği borcu olmadığı şeklindeki savunmasını, sunduğu yazılı belge ve tanık delilleri ile desteklemektedir. *Gellius*, davacının iyi bir karaktere sahip olarak tanındığını, dürüst ve suçtan uzak bir hayat sürdürdüğünü; davalının ise güvenilir bir karaktere sahip olarak tanındığını, yalancı ve dolandırıcı olduğunu, kötülük dolu bir hayat sürdürdüğünü ve bu nedenlerle dava hakkında kanaat oluşturamadığını belirtmektedir¹³⁰. Dolayısıyla *Gellius*, davacının iddiasını ispat edememiş olması sebebiyle kötü şöhrete sahip davalının lehine karar vermenin doğruluğunu tartışmakta ve bu amaçla arkadaşı filozof *Favorinus*'a danışmaktadır. *Favorinus* ise yargıcın görevi üzerine yaptığı uzun tartışmalar neticesinde, ünlü hatip *Cato*'nun, davanın yeterli delille ispat edilememesi ya da delil yokluğu halinde davadaki tarafların kişisel özelliklerinin de davada dikkate alınabileceğine ilişkin atalarının görüşünü *Gellius*'a hatırlatmaktadır¹³¹. Bunun üzerine farklı ölçütler nedeniyle kararsız kalan *Gellius*, “*sibi non liquere*” şeklinde yemin

¹²⁹ Konusu bir para borcu olan dava: Umur, 1983, s.3

¹³⁰ Buradaki sorun tanık, yazılı belge gibi delillerden kaynaklanmamaktadır. Sorun davanın taraflarının şahsi özellikleridir. İyi ve dürüst bir insan olarak hayatını sürdüren davacının iddiasına karşılık, kötü bir şöhrete sahip olan yalancı ve dolandırıcılıkla ün salmış olan davalının yazılı belge, tanık gibi deliller ileri sürmüş olması nedeniyle, tarafların kişilik özelliklerine rağmen, davalının beraat ettirilmesi halinde davacının *de calumnia* (davayı kazanamayacağını bildiği halde hakimin bir hataya düşeceğini ümit eden kimsenin, davada talep ettiği iddianın 1/10'una kadar bir mahkumiyete mahkum edilmesi) riski ile karşı karşıya kalacak olmasıdır. Bu durum *Gellius*'un kanaat oluşturmasını zorlaştırmaktadır. De Francisci, s. 598.

¹³¹ Bkz. yukarıda s.7.

ederek, karar vermektan imtina ettiğini belirtmektedir: “*propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solitus sum*”.

Bu konuyu açıklığa kavuşturmak için *Formula* Usulünün yapısına ilişkin birkaç hususun altını çizmekte yarar vardır. Bu usulde yargılamanın ikinci aşaması, tarafların seçtiği ve *magistra* tarafından yargılamayı yapmakla görevlendirilmiş (*iussum iudicandi*) bulunan yargıç ya da yargıçlar huzurunda gerçekleşmektedir. Yargıçlar devlet tarafından görevlendirilmemiş, bizzat taraflarca seçilmiş ve yargıçlık sıfatları dava süresi ile sınırlı olan kimselerdi¹³². *Formula* Usulünde, *Legis Actio*'lar Usulünde olduğu gibi, yargıç tarafından verilen kararlar kesindi yani bir üst derece yargı makamı önüne taşınması mümkün değildi. Tarafların, yargıç ya da yargıçlar üzerinde anlaşmaya varmış olmaları nedeniyle yargıç kararına karşı itiraz etmeleri düşünülemezdi. Zira Romalılara göre uyuşmazlık hakkında karar verilmekle gerçeğin ortaya çıkmış olduğunun kabulü gerekirdi: “*res iudicata pro veritate accipitur*”¹³³. Ayrıca bu dönemde, yargıç kararlarına karşı başvurulacak bir üst derece yargı makamı bulunmamaktaydı¹³⁴. Yargıçlar *formula*'da tespit edilmiş olguların yanı sıra *apud iudicem* aşamasında taraflarca ileri sürülmüş olan delilleri yukarıda bahsettiğimiz sınırlar dahilinde serbestçe takdir etmekteydi. Hal böyle olunca, yargıçların delillerin ve olguların takdiri neticesinde bir kanaate ulaşmaları mümkün olmazsa “*sibi non liquere*” yani bana göre açık değil şeklinde beyanda bulunarak, yemin etmeleri ve karar vermektan kaçınmaları mahkumiyet ve beraatin yanı sıra üçüncü bir yol olarak ortaya çıkmaktaydı¹³⁵.

¹³² Yargıçlık, onurlu bir iş olarak benimsendiğinden, toplumsal bir ödev olarak yerine getirilirdi. Erişgin Söğütü 2002a., s. 48.

¹³³ Umur, 1974, s. 615; Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s.251.

¹³⁴ *Praetor* tarafından *integrum restitutio* yani eski halin iadesi şeklinde bir hukuki koruma olanağı tanınabiliyordu. Ancak bu durumda kararın, hiç verilmemiş gibi ortadan kaldırılması söz konusu olmaktaydı. O nedenle bir kanun yolu olarak kabulü mümkün değildir. *Apellatio* (istinaf yolu) ise Sistem Dışı Yargılama Usulünde (*Cognitio Extra Ordinem*) uygulama alanı bulmuştur. Umur, 1974, s. 647. Çelebicin-Karadeniz, 2005a, s.320; Erdoğan-Tahiroğlu, 2009, s. 268.

¹³⁵ Aslında bu sorunun kökeninde yargıcın ispat yükünün kime düşeceğini tespit edememiş olması yatmaktadır. Ancak yargıcın “bana göre açık değil” diyerek yemin etmesi ve karar vermeden çekilmesi, ispat yüküne ilişkin sorunu ortadan kaldırmazdı.

SONUÇ

Çağdaş Türk Medeni Yargılama Usulünde, kanuni delil sistemi benimsendiğinden hakimin delilleri takdiri, öncelikle yasa tarafından kısıtlanmaktadır. Yasada kesin delillerle ispatı öngörölmüş bir olgunun başka bir delil ile ispatı mümkün olmadığı gibi hakim kesin delillerle bağlıdır. Mahkemenin ancak takdiri delilleri, serbestçe değerlendirmesi söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar, kanun yollarına başvurulmak suretiyle bir üst derece mahkemesine taşınabilmektedir. Bu durumda istinaf yoluna başvurulduğu takdirde olgular ve delillerin takdiri de denetlenebilmektedir. Ülkemizde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılmak suretiyle istinaf yolu kabul edilmekle birlikte, uygulamada henüz bu kanun yoluna başvurulmamaktadır. Ancak halihazırdaki uygulamaya göre, Yargıtay delillerin takdirinde hataya düşölüp düşölmediğı hususunu denetlemektedir.

Roma'da ise delillerin takdiri, birbirinden farklı ancak belirli bir süre bir arada uygulama alanı bulan ve zamanla günün ihtiyaçlarını karşılayamayan usulün yerini yenisine bırakması ile gelişim sürecinin tamamlandığı iki ayrı yargılama usulüne göre farklılık arz etmektedir. Roma'da en son uygulanan usul olan Sistem Dışı Yargılama Usulü'nde (*Cognitio extra ordinem*); yargılamanın başından sonuna kadar imparatorluğa bağlı devlet memuru yargıçlar huzurunda gerçekleşiyor olması, imparatorlar tarafından delillerin değerinin tespit edilmiş olması ve son olarak istinaf sistemine benzer bir yol olan *apellatio*'nun benimsenmiş olması; delillerin takdirinde, bugünkü çağdaş hukuk sistemimize benzer bir yapının uygulandığı izlenimini uyandırmaktadır.

Roma'nın en eski dönemlerinden M.S. 342 yılına kadar geçerli bir yargılama sistemi olarak uygulanan Özel Yargılama Sistemi'nde (*Ordo iudiciorum privatorum*) ise yargılamanın kendine özgü yapısı nedeniyle ispat, deliller ve delillerin takdiri farklı özellikler sergilemektedir. Bu

Yeni seçilecek ve atanacak yargıç tarafından bu sorunun çözüme bağlanması gerekecekti: Pugliese, 1956, s. 404, Polara, s. 340, De Francisci, s. 609.

sistem *Legis Actio*'lar ve *Formula* Usulü olmak üzere iki usulden oluşmaktadır. Her iki usul de *magistra* huzurunda başlayıp, özel yargıç veya yargıçlar ya da hakem önünde sonuçlanan iki aşamadan oluşmakla birlikte aynı gelişimi göstermemiştir. Şöyle ki; *Legis actio* 'lar Roma'nın en eski dönemlerinden itibaren uygulama alanı bulmuş bir usul olması nedeniyle antik çağ toplumlarının karakteristik özelliklerini yansıtmaktaydı. Öncelikle dini unsurların toplumdaki önemi ve sözlü ifade biçimi, yargılama usulüne de yansımaktaydı. *Formula* Usulü ise Roma'nın sınırlarının genişlemesi ve bir imparatorluğa dönüşmesi ile Roma toplumunun farklı toplumlarla karşılaşması ve onlarla ticari ilişkilere girişmeye başlaması ile değişen ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermek üzere *praetor*'larca geliştirilmiş bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır.

Legis Actio'lar Usulü son derece şekilci ve katı dava kalıplarından oluşan bir usuldü. Bu usulde dava *magistra* huzurunda başlamaktaydı ki; bu aşama *in iure* olarak adlandırılmaktaydı. Bu dönemde sözlü ifade biçimi esas olduğundan, *magistra* huzurunda sözlü biçimde talep edilen dava kalıbının gereği olan sözler ve törensel işaretler yerine getirilmeliydi. Şahsi yani *in personam* davalar bakımından, bu aşamada davalının ikrarı ile yargılama sona ermekte ve doğrudan icra aşamasına geçilmekteydi. Zira söz konusu davalarda dava kalıbının gerektirdiği sözler sarf edilirken davalı, iddia edilen şahsi hakkın varlığını kabul etmeye ya da inkar etmeye bizzat davacı tarafından davet edilmekteydi. Davacının daveti üzerine, davalının bu iddiayı kabul etmesi halinde yargılama icra usulüne dönüşmekteydi. Davalının inkarı ise uyuşmazlığın özel yargıç, yargıçlar ya da hakem önüne taşınmasına neden olmaktadır. *In iure* aşamasında yemin edilmesi halinde de yargılama *magistra* huzurunda son bulmaktaydı.

Bu aşamanın ikrar ya da yemin olmaksızın tamamlanmasının ardından, *magistra* tarafından özel yargıç, yargıçlar ya da hakem tayini ile birlikte ikinci aşama olan *apud iudicem* aşamasına geçilirdi. *Magistra* huzurunda talep edilen hak ve bu hakkın dayandığı olgular, yargıç huzurunda gerçekleşen *apud iudicem* aşamasında ispat edilmeliydi. Bu

amaçla tanık, senet gibi her türlü delil taraflarca özel yargıca sunulmaktaydı. Özel yargıç, tüm delilleri kendi vicdanına göre ve kendi gerçek tanımı içinde değerlendirmekteydi. Bu dönemde tanılardan gelen işaretlerin yorumlanması kesin delil olarak kabul edilmekteydi ve özel yargıcı bağlayıcıydı. Onun dışında, her ne kadar *in iure* aşamasını sona erdiren bir özellik gösterse de, *apud iudicem* aşamasında tarafların ettiği yemin ya da davalının ikrarı da diğer delillerle birlikte özel yargıç tarafından serbestçe takdir edilmekteydi. Bu dönemde, yapılan hukuki işlemlere geçerlilik kazandıran tanıklar (*testes rogatii*) ve tarafların şahsi özellikleri hakkında kanaatlerini bildiren tanıklar (*testes voluntarii*) bulunmaktaydı. İşleme geçerlilik kazandıran tanıklar, yargıç önüne çağrıldıkları zaman gitmeye mecburdu ve yargıç huzurunda işlemin geçerliliği hakkında tanıklık ederlerdi. Roma Hukuku doktrininde, bu tanıkların uygulamadaki önemli işlevleri nedeniyle özel yargıç önündeki beyanlarının kesin delil teşkil ettiği ve özel yargıcı bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.

Gellius'un N.A.14.2.26'daki metninin değerlendirilmesinden, *Legis Actio*'lar Usulünde özel yargıcın tarafların sunduğu deliller neticesinde bir kanaat oluşturamaması halinde tarafların kişilik özellikleri ve ahlaki durumlarını dikkate alarak, karar verebildiği anlaşılmaktadır. *Cicero*'nun *pro Fonteio* 14.32'deki metninin yorumlanmasından ise tanık olarak gösterilen kimselerin beyanlarının yargıç tarafından takdirinde bu kimselerin şahsi özelliklerinin de rol oynadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Formula Usulü, ilk olarak *Legis Actio*'lar Usulünün uygulanmasının mümkün olmadığı uyuşmazlıklarda uygulanmaya başlanmıştır. Bu usul de *magistra* huzurunda başlamaktaydı. *Formula* Usulünde de *in iure* aşamasında ikrar ve yemin söz konusu olabilmekteydi. Davacının iddiasının kesin olarak belirlenmiş bir şey olması halinde; davalı tarafından, davacının iddiasının temelini oluşturan maddi olgularla birlikte dava konusu hakkın doğruluğu *magistra* huzurunda kabul edilirse, yargılama sona ermekte ve icra aşamasına geçilmekteydi. İkrarın, hüküm ve sonuçları doğrudan *in iure* aşamasında gerçekleşmekte ve uyuşmazlık özel yargıç önünde tartışılmadan sonuçlanmaktaydı.

Magistra'nın izni üzerine davacının karşı tarafa yemin teklif edilmesi mümkündür. Bu durumda yemin eden lehine yargılama sona ermekteydi. Gerek *in iure* aşamasındaki ikrar gerekse yemin henüz *litis contestatio* dahi düzenlenmeden yargılamayı sona erdirmekteydi. Ayrıca, dava konusu olgu ve deliller özel yargıç huzurunda tartışılıp, uyuşmazlık bir karara (*sententia*) bağlanmamış olduğundan bu aşamadaki ikrar ve yemin, çağdaş Roma Hukuku doktrininde kimi yazarlarca teknik anlamda bir ispat aracı olarak kabul edilmemektedir. Kanımca bu görüş oldukça isabetlidir. Şöyle ki; öncelikle bu usulde yargıç tarafından kararın verilmesi ile gerçeğin (*veritas*) ortaya çıktığı kabul ediliyordu. Zira deliller, hakimin gerçeğe ulaşması için, ileri sürülen olgunun doğruluğu bakımından hakimde bir kanaat oluşturmak için ileri sürülmekteydi. *In iure* aşamasındaki ikrar ve yeminle henüz taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalar ile bu iddia ve savunmaların temelini oluşturan olgular tartışılmadan, hatta tüm bu hususlar *magistra* tarafından bir *formula* ile tespit edilmeden yani *litis contestatio* işlemi yapılmadan önce yargılama son bulmaktaydı. *Litis contestatio* ve özel yargıcın kararı aynı etkiyi yaratmaktaydı. Daha sonra aynı taraflar için aynı davanın açılması halinde *litis contestatio* işlemi ya da yargıç kararı kesin hüküm teşkil etmekteydi. Her iki halde de davanın ikinci bir kez *magistra* huzuruna getirilmesi halinde davalının talebi ile kesin hüküm *defi formula*'ya eklenmekte ve özel yargıç tarafından ilk önce değerlendirilerek, haklı bulunursa ikinci dava reddedilmekteydi. Ancak *in iure* aşamasındaki yemin ve ikrar nedeniyle dava *litis contestatio*'dan önce son bulduğundan kesin hüküm söz konusu olamıyordu.

Litis contestatio'nın ardından yargılama, tarafların seçtiği ve *magistra*'nın onayladığı özel yargıç, yargıçlar ya da hakem huzurunda gerçekleşirdi. Bu aşama *Legis Actio*'lar Usulünde olduğu gibi *apud iudicem* olarak adlandırılmaktaydı. Bu dönemde yargılama dinin etkisinden uzaklaşmış ve laik bir yapıya kavuşmuştu. *Formula* Usulünde özel yargıcın *formula* dışına çıkarak, davalıyı *condemnatio*'da belirlenmiş olan mahkumiyetin altında ya da üstünde bir miktara mahkum etmesi mümkün değildi. *Formula* ile bağlı olan özel yargıç, *apud iudicem*

aşamasında yargılamanın yürütülmesi ve tarafların iddia ve savunmalarının temelini oluşturan maddi olgular ile delillerin değerlendirilmesi bakımından ise geniş bir serbestiye sahipti. Bu nedenle özel yargıç, taraflarca ileri sürülen her türlü delili bir diğerine tercih edebilirdi. Delillerin kıymetlendirilmesi ile ilgili herhangi bir hukuki düzenleme bulunmuyordu. Dolayısıyla taraflar, kendi yararlarına olacak şekilde, yargıçta kanaat oluşturma çabası içinde farklı ikna yöntemlerine başvurmaktaydı. Bu amaçla başvuru en önemli araç ise retorikti.

Romalılar için ispat kavramı, M.S. I. Y.Y.'ın sonuna kadar, hukuki olmaktan çok retorik bir kavramdı. Özellikle bu dönemde uygulanan yargılama sisteminin özgün yapısı nedeniyle ispat sorunu, hatiplerin ilgi alanına girmektedir. Bunun birinci nedeni, tarafların iddia ve savunmalarının temelini oluşturan olgu ve delillerin özel yargıç tarafından *apud iudicem* aşamasında ele alınıyor oluşu idi. İkinci ve en önemli neden ise tarafların özel yargıçta ikna etmek için objektif kurullarla bağlı olmaması ve özel yargıçta kanaat oluşması bakımından tam bir serbestinin söz konusu olmasıydı. Bu nedenle retorik, yargılamada özel yargıçta ikna edilmesi bakımından vazgeçilmez bir unsura dönüşmekteydi. Bu sanatı icra eden hatipler ise bugün çağdaş yargılamada avukatların yürütmekte olduğu görevi üstlenmekteydi. Retorik gelenekte bugün anladığımız anlamda bir ispat söz konusu değildi, inandırıcılık ve ikna; muhakeme ve akıl yürütmeden çok daha önemliydi. O nedenle deliller hatipler tarafından *artificiales* (teknik yani hatip tarafından gösterilen) deliller ve *inartificiales* (teknik olmayan yani dışa bağlı) deliller olarak ikiye ayrılmaktaydı. Teknik deliller tümevarım ve tümdengelim yöntemleri ile oluşturulan ve yargıçta her şekilde ikna etmeye yönelik delilleri, teknik olmayan deliller ise tanık, senet, yemin gibi kesin bir biçimde dışa bağlı delilleri ifade etmekteydi. *Artificiales* delillerin önemini yadsımamakla birlikte hatipler çoğunlukla *inartificiales* delillere yönelme eğilimindeydi. Bu sayede hakimin iç dünyasına ve özellikle duygularına hitap ederek, onda bir öfke ya da üzüntü yaratarak, kanaatini oluşturması sağlanmaya çalışılmaktaydı. *Artificiales* delillere, daha çok hatip tarafından savunulan tezin

desteklenmesinde ya da karşı tarafın tezinin çürütülmesinde başvuruluyordu.

Retorik gelenekte bugün yargılamada delil olarak kabul ettiğimiz tanık, senet, yemin gibi deliller *inartificiales* deliller olarak kabul edilmekteydi. *Apud iudicem* aşamasında, *inartificiales* deliller ve ikrar delilleri ile *artificiales* deliller özel yargıç tarafından serbestçe takdir ediliyordu. Ancak kesin bir kurala bağlı olmamakla birlikte, bu aşamadaki yemin delilinden sonra özel yargıcın yemin eden lehine karar verdiğine ilişkin Gaius'a ait D.12.2.31.'de yer alan metnin değerlendirilmesinden, bu aşamadaki yeminin bazı durumlarda kesin delil özelliği gösterdiği kabul edilebilir.

Formula Usulü'nde delilleri serbestçe takdir eden özel yargıcın kararlarının kesin olması ve bir üst derece yargı organı önünde kanun yollarına başvurma olanağının bulunmaması, delillerin takdirinin denetlenmesini imkansız hale getirmekteydi. Ancak tarafların iddia ve savunmalarını, bu iddia ve savunmaların temelini oluşturan olgu ve delilleri değerlendiren yargıç, dava ile ilgili olarak halen bir kanaat oluşturmamış ise "*sibi non liquere*" yani bana göre açık değil diyerek, yemin etmek suretiyle davadan çekilmekteydi. Bu durumda kanaat oluşturamamış olan yargıcın, davalıyı mahkum etmek ya da beraat ettirmek haricinde üçüncü bir seçenek olarak karar vermekten kaçınması mümkün oluyordu.

KISALTMALAR

A.C.	: After Christ
<i>Ad ed.</i>	: <i>Ad Edictum</i>
BIDR	: Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano
bkz.	: Bakınız
<i>Cic.</i>	: <i>Cicero</i>
Çev.	: Çeviren
<i>D.</i>	: <i>Digesta, Iustiniani</i>
<i>Gai.</i>	: <i>Gaius</i>
<i>Gell. N.A.</i>	: <i>Gellius Noctes Atticae:</i>
HMUK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<i>I.</i>	: <i>Iustinianus Institutiones</i>
Md.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
<i>pr.</i>	: <i>Principium</i>
<i>Quaest.</i>	: <i>Quaestiones</i>
<i>Quint.Ins. Or.</i>	: <i>Quintilianus Institutio Oratoria</i>
RIDA	: Revue Internationale des Droits de l'Antiquite
s.	: Sayfa
SDHI	: Studia Documenta Historiae et Iuris
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.Y.	: Yüzyıl

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. (2010). *İstinaf Kavramı* (1.bs.). Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Alangoya, Yavuz. (1979). *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler* (1.bs.). İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Arslan, Ramazan-Tanrıver, Süha. (2001). *Yargı Örgütü Hukuku* (2. bs.). Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Broggini, Gerardo. (1960). La Prova nel Diritto Arcaico. *IUS* 11, 348-385. Milano.
- Cannata, Carlo Augusto. (1980). *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano, II- Il Processo Formulare*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- Çelebican-Karadeniz, Özcan. (2005a). *Roma Hukuku*. (11. bs.). Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Çelebican-Karadeniz, Özcan. (2005b). *Roma Eşya Hukuku*. (2. bs.). Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- De Francisci, Pietro. (1959). *Primordia Civitatis*, (1.bs.). Roma: Apollinaris.
- De Francisci, Pietro. (1961). La Prova Giudiziale : (A proposito di Gellio N.A.14.2.). *Helikon I*, 591-604.
- De Sarlo Luigi. (1935) “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” Spunti di Storia e di Dogmatica sulla Regola in Diritto Romano, AG, CXIV, 184-218.
- Di Marzo, Salvatore. Çeviren: Umur, Ziya. (1954). *Roma Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Dürüşken, Çiğdem. (2001). *Roma'da Rhetorica Eğitimi*. İstanbul: Arkeoloji ve Sanat Yayınları.

- Erdoğmuş, Belgin. (2006). *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları.
- Erdoğmuş-Tahiroğlu. (1985). *Roma Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Erdoğmuş, Belgin-Tahiroğlu, Bülent. (2009). *Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku* (5. bs.). İstanbul: Der Yayınları.
- Erişgin Söğütlü, Özlem. (2002a.). *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)* (1.bs.). Ankara: İmaj Yayıncılık.
- Erişgin Söğütlü, Özlem. (2002b.). Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi (*Recusatio*). *AÜHFD*, 51(1) , 97-115,
- Greenidge, Abel Hendy Jones. (1901). *The Legal Procedure of Cicero's Time*, London: The University of Oxford and Stevens & Sons Limited.
- Giuliani, Alessandro. (1960). Il Concetto Classico di Prova: La Prova Come “*Argumentum*”, *IUS*, N.S.-A.XI.
- Gruppo Editoriale. (2006). *Dizionario Giuridico Romano* (4. bs.). Napoli: Edizione Simone.
- Günel, Nadi. (2007). *Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf* (1.bs.). Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Honig Richard. Çeviren: Talip, Şemsettin. (1938). *Roma Hukuku* (2. bs.). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Kurt, Nesibe. (2008). Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, 599-628. Ankara.
- Kuru, Baki-Yılmaz, Ejder-Arslan, Ramazan. (2000). *Medeni Usul Hukuku* (12. bs.). Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Küçükgüngör, Erkan. (1998a). *Roma Hukukunda İntifa Hakkı*, (1.bs) Ankara: AÜHF Döner Sermaye Yayınları.

- Küçükgüngör, Erkan. (1998b). Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat, *Prof.Dr.Ali Bozer' e Armağan*, 477-497. Ankara.
- Loschiavo, Luca. (2004). *Figure di Testimoni e Modelli Processuali tra Antichità e Primo Medioevo*. Milano : Giuffrè Editore.
- Mommsen, Theodor-Krueger, Paul- Watson, Alan. (1984). *The Digest of Iustinian*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.
- Nicosia Giovanni. (1980). *Il Processo Privato Romano, I. Le Origini*, Catania: Giappichelli.
- Öcal, Bahar. (2006). "Onus Probandi" Roma Yargılamasında İspat Yükü. Basılmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara.
- Özdemir Türkoğlu, Gökçe. (2004). *Roma Usul Hukukunda "Plus Petitio" Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme Yasağına Etkileri* (1. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş.
- Öztek, Selçuk. Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, Törelerden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LI, Sayı 1 -4, 335-372.
- Pekcanitez, Hakan-Atalay, Oğuz-Özekes, Muhammet. (2007). *Medeni Usul Hukuku* (6.bs.). Ankara: Yetkin Basım yayım ve Dağıtım A.Ş.
- Polara, Giovanni. (2004). Autonomia ed Indipendenza del Giudice nell'Evoluzione Storica delle Forme Processuali: "iuravi mihi non liquere". *Scritti in Ricordo di Barbara Bonfiglio*, 333-389. Milano.
- Provera, Giuseppe. (1989). *Lezioni sul Processo Giustiniano* (7. bs.). Torino: Giappichelli.
- Pugliese, Giovanni. (1956). L'Onere della Prova nel Processo Romano per Formulas, *RIDA* 3, 349-422.
- Pugliese, Giovanni. (1960). La Prova nel Processo Romano Classico. *IUS* 11, 386-424.Milano.

- Pugliese, Giovanni. (1962). *Il Processo Civile Romano: I-Legis Actiones*. Roma: Edizioni Ricerche.
- Pugliese, Giovanni.(1963). *Il Processo Civile Romano: II-II Processo Formulare, Tomo I*, Milano: Giuffrè Editore.
- Roby, Henry John. (2000). *Roman Private Law, In the Times of Cicero and of the Antonines*, Volume II. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.
- Schipani, Sandro. (2005). *Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano*. Milano: Giuffrè Editore.
- Schulz, Fritz. (1953). *History of Roman Legal Science* (2. bs.). Oxford: Clarendon Press.
- Sivrihisarlı, Ömer. (1978). *Hukuk Yargılamasında Maddi hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti.
- Sungurtekin, Özkan Meral-Özdemir Türkoğlu, Gökçe. (2008). *Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları*. (1.bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.
- Tahiroğlu, Bülent. (2003). *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları.
- Talamanca, Mario. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore.
- Tanrıver, Süha. (2006). Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Deliller. *Makalelerim*. Ankara: Asil Yayın ve Dağıtım Ltd. Şti.
- Tellegen Couperus, Olga-Tellegen, Jan Willem. (2006). *Nihil Hoc ad Ius, ad Ciceronem*. *RIDA* 53, 381-408.

Umur, Ziya. (1974). *Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları. Umur, Ziya. (1983). *Roma Hukuku Lügati*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Umur, Ziya (1990). *Roma Hukuku Ders Notları*. (2.bs.) İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Vasaly, Ann (1993). *Representations: Images of the World in Ciceronian Oratory*. California: University of California Press.