

**ROMA HUKUKUNDA İSTİHKAK DAVASI
(REI VINDICATIO)**

Ahmet KARAKOCALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Ahmet Nadi Günel

**Eskişehir
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ocak 2006**

YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ

ROMA HUKUKUNDA İSTİHKAK DAVASI (REI VINDICATIO)

Ahmet KARAKOCALI
Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ocak 2006
Danışman: Doç. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL

Roma hukukunda mülkiyet hakkını koruyan davalardan biri olan *rei vindicatio*, tamamen usul hukukunu ilgilendiren bir dava değildir. Çünkü bu davanın ana kavramlarından olan hak ve dava arasındaki ilişki, Roma hukukunda farklı şekilde algılanırdı. Bunun sonucunda ise bu kavramlara bağlı diğer kavramlarla birlikte *rei vindicatio*, iki boyutu olan bir dava olarak karşımıza çıkardı.

Roma hukukunda istihkak davası (*rei vindicatio*) başlıklı bu çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. *Rei vindicatio*'nun usul hukukunu ve eşya hukukunu ilgilendiren boyutlarından önce, birinci bölümde bu davanın özünü oluşturan hak ve dava kavramları hakkında bilgi verilmiştir. Yine bu davanın ana kavramlarından biri olan mülkiyet hakkı ve *rei vindicatio*'yu ilgilendiren *Quirites (Ius Civile)* mülkiyeti, bu bölümün kalan kısmında incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde Roma usul hukuku hakkında genel bilgiler verdikten sonra Roma usul hukukunda meydana gelen değişikliklerin *rei vindicatio*'ya etkileri ve son olarakta *rei vindicatio*'nun usul hukukunu ilgilendiren davacı, davalı, ispat yükü ve def'îler gibi konular incelenmiştir.

Çalışmamızın son bölümü olan üçüncü bölümünde ise usul hukuku boyutu incelenmiş olan *rei vindicatio*'nun maddî hukuk boyutu incelenmiştir. Bu bölümde *rei vindicatio*, Roma eşya hukuku bakımından ele alınmıştır. Özellikle *rei vindicatio*'nun sonunda ortaya çıkan farklı sonuçları üzerinde bu bölümde durulmuştur. Bu bölümün sonunda ise, Roma hukukunda mülkiyeti koruyan diğer davalar ile *rei vindicatio* karşılaştırılarak çalışmamıza son verilmiştir.

ABSTRACT**ACTION of REPLEVIN (*REI VINDICATIO*) IN ROMAN LAW**

Ahmet KARAKOCALI
Department of Private Law
Anadolu University Graduate School of Social Sciences, January, 2006
Advisor: Assoc. Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL

In Roman Law, *rei vindicatio*, a case that protects the property rights, was not completely concerning the Procedural Law. Because the relationship between right and case which is one of the main concept of this case was understood differently in Roman Law. As a result of this, *rei vindicatio* was emerged as a two-dimensional case with the concepts depended on the other concepts.

Our study of “Action of replevin (*rei vindicatio*) in Roman Law” consists of three chapters. The concepts of right and case which consists the core parts of this case was explained in the first chapter, before giving the *rei vindicatio*'s interest with procedural law and property law. In addition to this, proprietary right and *Quirites (Ius Civile)* right was also examined in this chapter.

In the second chapter, after giving general knowledges about Roman Procedural Law , the effect of changes in Roman Procedural Law on *rei vindicatio* was handled. Lastly, the concepts such as claimant, defendant, burden of proof and plea were explained.

In the last part of our study, *rei vindicatio*'s substantive law dimension was examined . In this chapter, *rei vindicatio* was handled from the point of view of property law. Especially, the different results that appear at the end of the *rei vindicatio* were emphasized in this third and last chapter. Finally, *Rei vindicatio* and the other cases that protect the ownership in Roman Law were compared at the end of this chapter.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ahmet KARAKOCALI'nın "Roma Hukukunda İstihkak Davası (Rei Vindicatio)" başlıklı tezi tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Ana Bilim Dalında, yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Doç. Dr. Ahmet Nadi Günal

Üye :

Üye :

Prof. Dr. Nurhan AYDIN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ ve ENSTİTÜ ONAYI	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HAK KAVRAMI ve HAKLARIN SINIFLANDIRILMASI

1. ROMA HUKUKUNDA HAK KAVRAMI	3
1.1. Hukuk Anlamıyla Hak Kavramı.....	3
1.2. Dava (<i>Actio</i>) Anlamıyla Hak Kavramı.....	6
2. ROMA HUKUKUNDA HAKLARIN SINIFLANDIRILMASI.....	9
2.1. Genel Olarak	9
2.2. Hukukî İşlemler ve Hakların Sınıflandırılması	12
2.3. Roma Hukukunda Sınırlı Aynî haklar ve Çeşitleri	15
3. ROMA HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKI.....	18
3.1. Mülkiyetin Tarihsel Gelişimi	18
3.1.1. İlkel Toplumlarda Mülkiyet	18
3.1.2. Eski Yunan'da Mülkiyet	20
3.1.3. Roma'da Mülkiyet	21
3.1.4. Orta Çağdan Günümüze Mülkiyet	22
3.2. Bir Hak Olarak Roma Hukukunda Mülkiyet.....	23
3.3. Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Niteliği	26
3.3.1. Roma Mülkiyetinin Mutlak ve Sınırsız Olduğu Görüşü.....	27
3.3.2. Roma Mülkiyetinin Mutlak ve Sınırsız Olmadığı Görüşü.....	28
3.4. <i>Quirites (Ius Civile)</i> Hukukuna Göre Mülkiyet.....	30

İKİNCİ BÖLÜM

REI VINDICATIO'NUN ROMA USUL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

1.	ROMA USUL HUKUKUNUN ANA HATLARI	34
1.1.	<i>Ordo Iudiciorum Privatorum</i> (Özel Mahkemeler Sistemi).....	37
1.1.1.	<i>Legis Actio</i> (Yasal Davalar) Yargılaması	38
1.1.2.	<i>Formula</i> Yargılaması.....	40
1.2.	<i>Cognitio Extra Ordinem</i> (Sistem Dışı Yargılama)	42
2.	<i>REI VINDICATIO</i> 'NUN ROMA USUL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ	44
2.1.	<i>Rei Vindicatio</i> Kavramı	44
2.2.	<i>Legis Actio</i> Yargılamasında <i>Rei Vindicatio</i> ' nun Görülmesi.....	46
2.2.1.	Genel Olarak	46
2.2.2.	<i>Legis Actio Sacramentum In Rem</i> ve <i>Rei Vindicatio</i>	46
2.3.	<i>Formula</i> Yargılaması ve <i>Rei Vindicatio</i>	50
2.4.	Sistem Dışı Yargılama'da <i>Rei Vindicatio</i>	53
2.5.	<i>Rei Vindicatio</i> 'da Davacı	54
2.6.	<i>Rei Vindicatio</i> 'da Davalı	55
2.7.	<i>Rei Vindicatio</i> 'da İspat Yükü	59
2.8.	<i>Rei Vindicatio</i> 'da Davalının İleri Sürebileceği Def'iler	64

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REI VINDICATIO'NUN ROMA EŞYA HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

1.	GENEL OLARAK.....	69
2.	<i>REI VINDICATIO</i> İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR.....	70
2.1.	Genel Olarak	70
2.2.	Davacının <i>Quirites (Ius Civile)</i> Hukukuna Göre Geçerli Bir Şekilde Mülkiyetin Kazanması	71
2.2.1.	Dava Konusu Olan Mal Bakımından.....	71
2.2.2.	Davayı Açanların Statüsü Bakımından	73
2.2.3.	Mülkiyetin Devri İşlemleri Bakımından.....	74
2.3.	<i>Quirites (Ius Civile)</i> Hukukuna Göre Malik Olan Bir Kimsenin Mülkiyet Hakkının İhlali	77
3.	<i>REI VINDICATIO</i> 'NUN NİTELİĞİ	78
4.	<i>REI VINDICATIO</i> 'NUN SONUÇLARI.....	83

4.1. Dava Konusu Malın İadesi Bakımından.....	83
4.1.1. Sistem Dışı Yargılamaya Kadar Olan Durum	83
4.1.2. Sistem Dışı Yargılama Sonrası Durum	85
4.2. Dava Konusu Mala Gelen Zararlar Bakımından	85
4.3. Dava Konusu Malın Semereleri Bakımından	89
4.4. Davalının Yaptığı Masraflar Bakımından.....	94
5. ROMA HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKINI KORUYAN DİĞER DAVALAR ve <i>REI VINDICATIO</i>	96
5.1 <i>Actio Publiciana In Rem</i> ve <i>Rei Vindicatio</i>	96
5.1.1. Genel Olarak <i>Actio Publiciana In Rem</i>	96
5.1.2. <i>Actio Publiciana In Rem</i> ve <i>Rei Vindicatio</i>	98
5.2. <i>Actio Negatoria In Rem</i> ve <i>Rei Vindicatio</i>	104
5.2.1. Genel Olarak <i>Actio Negatoria In Rem</i>	104
5.2.2. <i>Actio Negatoria In Rem</i> ve <i>Rei Vindicatio</i>	106
SONUÇ	108
KAYNAKÇA	114

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
aşa.	: Aşağıda
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
bkz.	: Bakınız
BATIDER	: Banka ve Ticaret Enstitüsü Dergisi
BGB	: Bürgerlichegesetzbuch
dn.	: Dipnot
D.	: Digesta
Ed.	: Edited by
Gai.	: Gaius'un Institutiones'i
I.	: Iustinianus'un Institutiones'i
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
MK.	: Türk Medeni Kanunu
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
no	: Numara
pr.	: Principium
s.	: Sayfa

- vd.** : Ve devamı
yuk. : Yukarıda
ZGB : Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Toplumsal hayatın aslî unsurlarından olan insanlar, var oldukları andan itibaren çeşitli hakların ya sahibi olurlar yada başkalarının sahip oldukları hakların karşısında yer alırlar. İnsanlar, bazı haklara doğumlarından itibaren, insan olmalarından dolayı sahiptirler. Yine insanlar, hukuk kurallarının kendilerine sağladığı güven ortamında, hukukî işlemler yaparak hak sahibi olabilecekleri gibi, sahip oldukları haklarını rızaları ile veyahut rızaları olmaksızın kaybedebilirler.

Hukukî anlamda çeşitli sınıflandırmalarla karşımıza çıkan haklar içerisinde en önemlisinin mülkiyet hakkı olduğu konusunda bir tartışma yapılamaz. Hukuk düzenleri, içinde buldukları toplumun genel ideolojileri doğrultusunda mülkiyet hakkına yaklaşırlar. Bu yaklaşım farklılıkları bir yana bırakılırsa, mülkiyet hakkının hemen her toplumda, Anayasa ve kanunlarla düzenlenerek güvence altına alındığını söyleyebiliriz. Hukuk kurallarının sağladığı toplumsal düzen içerisinde, mülkiyet hakkı sahiplerinin belirlenmesinde veya mülkiyet haklarının korunmasında, bu hukukî düzenlemeler çerçevesinde çözüm getirilir.

Roma hukukunun hak kavramına ve dolayısıyla mülkiyet hakkı kavramına bakış açısı günümüzden farklıydı. Her şeyden önce mülkiyet hakkı için genel bir tanımın verilmediği ve dönemlere göre bu hakka karşılık gelen farklı kelimelerin kullanıldığı görülür. Bu farklılığı yaratan, hak kavramının çeşitli kavramlar ile olan ilişkisiydi. Hak kavramının, özellikle dava kavramı ile olan ilişkisinde Romalılar, bu iki kavramı birbirlerinden bağımsız olarak değerlendirmezlerdi. Bu anlayışın karşımıza çıkardığı en önemli sonuç, Roma hukukunda, usul hukuku ve maddî hukuk kavramlarının kesin çizgilerle ayrılamamasıydı. Bu durum, Roma hukukunun incelenmesini farklılaştırır da eksiklik olarak kabul edilmemelidir.

Roma hukukunda “*rei vindicatio*” adı ile karşımıza çıkan dava, mülkiyet hakkının korunmasında en sık başvuru alanı, hukuksal alandaki gelişmeler ve toplumsal değişimler sonucunda nitelik ve özelliklerinde esaslı değişiklikler olan bir dava idi. Günümüz hukukunun bakış açısında bu davanın usul hukuku boyutu ağırlık kazanırken, Roma hukukunda hak ve dava kavramların bütünleşmiş bir görünümde olması, bu

davaya farklı şekilde yaklaşılmasını zorunlu kılar. Bu çalışmada *rei vindicatio*, maddî hukukun içinde yer alan eşya hukuku ve usul hukuku boyutları dikkate alınarak incelenecektir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde *rei vindicatio*'nun ana kavramı olan hak kavramı ile hakların sınıflandırılması incelenecektir. Bu başlık altında incelenecek olan konulardan biri olarak hak ve dava kavramları arasındaki ilişki, Roma usul hukuku ve Roma eşya hukukunun incelenmesinde kesin bir ayırım yapılmasını zorlaştırırsa da, ikinci bölümde *rei vindicatio*, öncelikle usul hukuku bakımından incelenecektir. Çünkü Roma hukukunda haklar, ileri sürüldükleri davalar sonucunda ortaya çıkardı. Bu nedenle, bir hakkın nitelik ve özelliklerinin temel belirleyicisi davalardı. İkinci bölümde öncelikle bu boyutun incelenmesinin tercih nedeni de budur. Çalışmanın son bölümü olan üçüncü bölümde ise *rei vindicatio*, Roma eşya hukuku bakımından incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HAK KAVRAMI ve HAKLARIN SINIFLANDIRILMASI

1. ROMA HUKUKUNDA HAK KAVRAMI

1.1. Hukuk Anlamıyla Hak Kavramı

Toplu halde yaşayan insanlar, varlıklarını korumak ve soylarını devam ettirmek suretiyle hayattaki çıkarlarını sağlayabilmeleri için toplum düzenini bozmayacak davranışları yapmaya zorunlu tutulurlar. Bu zorunluluğu sağlayan kuralların başında hukuk kuralları gelir. Hukuk kurallarına uyulup uyulmadığının kontrolünü yapmaya yetkili olanların başında, aynı zamanda hukuk kurallarını da koyan devlet gelir. Devletin dışında bu kontrolü birey yaparsa, birey söz edilen bu çıkarlarını korumaya hukuk düzeni tarafından yetkili kılınmış olur. İşte bu noktada karşımıza hak kavramı çıkar¹. Bugün, hak kavramı için çeşitli tanımlar vermek mümkün olup en genel tanım, “kişilerin iradelerine uygun olarak, hukuk düzeni tarafından korunmasına yetki verilen menfaatleri” şeklindedir².

Roma hukukunda hak kavramının karşılığı olarak “*ius*” kelimesi kullanılırdı. Hak kavramının karşılığı olarak kullanılan *ius* kelimesi sözlükte, “hukuk nizamı tarafından teminat altına alınmış olan fiil ehliyeti (*facultas agendi*)” şeklinde tanımlanmaktadır³. Bununla birlikte *ius*, Roma hukuku dilinde çeşitli kavramlar için kullanılabilen ortak bir kelimedir⁴. Çünkü *ius*, aynı zamanda, toplum halinde yaşayan

¹ Ziya Umur, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi** (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982), s. 325-340; Richard Honig, **Roma Hukuku**. Çeviren: Şemsettin Talip (İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1938), s. 7-8; Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı** (Dokuzuncu Basım. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003), s. 1.

² Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar** (Onuncu Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2003), s. 91; Aydın Aybay ve Rona Aybay, **Hukuka Giriş** (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003), s. 175.

³ Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı** (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1983), s. 99; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**. Çeviren: Ziya Umur (İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1959), s. 1.

⁴ Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri - Cilt I**. Çeviren: Türkan Rado (Altıncı Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1963), s. 219-220; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi** (Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış On birinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s. 121; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 341.

insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen, yaptırımli kurallar bütünü olarak tanımlanabilen⁵ hukuk kavramının da karşılığı olarak kullanılırdı. Romalılar, hukukun amacının, eşit şekilde korunmaya değer menfaatlerin eşit şekilde korunması, eşit durumlarda olanlara eşit uygulamanın yapılması olduğunu kabul ederlerdi. Böylelikle bu amacın özünde bulunan “iyi ve âdil olma (*bonus et aequitas*)” unsurlarının, hukuk kavramının özünü oluşturduğunu ifade ederlerdi⁶. Digesta’da yer alan metinlere baktığımızda bunu anlayabiliriz⁷.

D. 1.1.11. :

“*Quod semper bonum ac aequum est ius dicitur*”

D. 1.1.11. :

“Daima iyi ve hakkaniyete uygun olana hukuk denir.”

D. 1.1.1. :

“*Ius est ars boni et aequi*”

D. 1.1.1. :

“ Hukuk iyinin ve hakkaniyete uygun olanın sanatıdır.”

Bununla birlikte, kaynaklarda hukukun tam anlamıyla bir tanımı görülmemektedir. Hukuk kavramı yapılan tanımlarda, yukarıda yer aldığı gibi, çeşitli kavramlarla bütünleştirilmeye çalışılmıştır. Roma hukukunda her ne kadar hukukun ne olduğu konusuna tam anlamıyla bir açıklık getirilmemişse de, Romalılar, kendi çağdaşları olan uygarlıkların hukuklarından farklı olarak, hukuku insan faaliyetleri sonucu oluşturulan kurallar bütünü olarak kabul edip dinselileştirmediler ve böylece

⁵ Güriz, Hukuk, **a.g.e.**, s. 44; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 2.

⁶ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 1 ve 27.

⁷ Digesta metinlerinden alıntılar için, bkz., Iustinianus, *The Digest of Justinian*, Ed.: Teodor Mommsen, Paul Kruger, Alan Watson (Philidelphia: Pennsylvania Press, 1985).

günümüz özel hukuk sistemlerine kadar etki edecek olan bir hukuk sistemi oluşturdular⁸.

Roma hukukunda ve çeşitli hukuk dillerinde⁹, hukuk ve hak için ortak bir kelime kullanılmasının, bu kavramların özellikle anlamsal bakımdan büyük benzerlik ve yakınlık taşımasından kaynaklandığı söylenebilir¹⁰. Bu benzerlik ve yakınlık, her iki kavram için yukarıda verilen tanımlara bakıldığında kolaylıkla anlaşılabilir. Bununla birlikte, Roma hukukunda ve günümüz doktrininde aralarındaki farklılık, *ius* kelimesinin objektif anlamda kullanıldığında hukuk kavramına, sübjektif anlamda kullanıldığında ise hak kavramına karşılık geldiği belirtilerek açıklanmaktadır¹¹. Bu iki kavramın aynı kelime içinde kullanılmadığı durumlarda bile birbirlerinden tamamen bağımsız oldukları söylenemez. Örneğin, hukuk kelimesi dilimize arapçadan girmiştir ve hak kelimesinin çoğuludur. Hak ve hukuk kavramları için ortak bir kelimenin kullanılmaması sadece belirtilen objektif ve sübjektif sıfatların kullanılmaması bakımından fayda sağlar. Bu durumda hukuk, devlet tarafından korunan düzeni, hak ise bireyin korunmasına yetki verilmiş çıkarları anlamına gelir¹².

Özel hukukun merkezinde bulunan hak kavramının özü ve niteliği üzerinde özellikle 19. yüzyıl sonlarında ve sonrasında ortaya çıkan düşüncelerin sonucu olarak çeşitli teoriler oluşturuldu. Bu teorilerden biri olarak karşımıza çıkan irade teorisine göre hak, “hukuk düzeni tarafından bireylere tanınan irade kullanma yetkisidir” ve birey iradesini kullanarak hukuk düzenini harekete geçirir. Windscheid’ın görüşlerinden temelini alan bu teori, hakkın yalnızca dış görünüşüne yani bir anlamda kullanılmasına ilişkin olup, hakkın içeriğine herhangi bir şekilde değinmemesi ve özellikle akıl hastalarının geçerli şekilde iradelerini kullanamamaları nedeniyle hak sahibi

⁸ Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), s. 90-91; Ziya Umur, **Roma Hukuku-Ders Notları** (Üçüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınları, 1999), s. 140-141; Şakir Berki, **Roma Hukuku** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1949), s. 12.

⁹ Hak ve Hukuk kavramlarının aynı kelime içinde kullanıldığı diller : Almanca’ da, *Recht* ; Fransızca’da, *Droit* ; İtalyanca’da, *Diritto*. Buna karşılık Türk ve İngiliz dillerinde her iki kavram için ayrı kelimeler kullanılır.

¹⁰ Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 341.

¹¹ H. Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1959), s. 7-8; Erdoğmuş, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 90-95; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 342; Güriz, Hukuk, **a.g.e.**, s. 44; Schwarz, **a.g.e.**, s. 220; Objektif ve sübjektif hukuk (Hukuk ve Hak) kavramlarıyla ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz., H. Cahit Oğuzoğlu, **Medeni Hukuk-Şahsın Hukuku** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1958), s. 12-25.

¹² Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 91; Aybay/Aybay, **a.g.e.**, s. 65.

olamayacakları sonucunu çıkarması gibi konularda sıklıkla eleştirildi¹³. Jhering'in ortaya koyduğu menfaat (çıkar) teorisi ise, irade teorisinin eleştirilen noktalarına açıklık getirirse de, eksiklikleri olan bir başka teoridir. Bu teoride hakkın, "hukuken korunan menfaat" olduğu ileri sürülmektedir. Burada sözü edilen menfaat, iradeyi harekete geçiren nedendir. Bu teori yalnızca menfaati dikkate alıp iradeyi dikkate almaması, menfaat sona erse bile hakkın devam ettiği durumların var olması, her türlü menfaatin korunmaması ve her menfaatin hak olarak kabul edilememesi gibi konularda eksiklikleri olan ve eleştirilere maruz kalan bir teoridir¹⁴. Günümüzde kabul gören Jellinek'in karma teorisi ise "insana irade kudreti yani yetki tanınması yoluyla hukuken korunan menfaati" hak olarak nitelendirmektedir¹⁵.

Ancak Romalılar, hak kavramının özü ve niteliği konusunda teoriler oluşturmadılar. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi bu teoriler 19. yüzyıl sonlarında ve sonrasında ortaya çıktı. Diğer taraftan Romalılar, ayrı bir kavram olarak hakkı bilmiyorlardı. Hak kavramını bizim anladığımız şekilde algılamamaları ve hak kavramını başka kavramların (hukuk ve dava gibi) içerisindeymiş gibi görmeleri nedeniyle Romalılar hak kavramı üzerinde teoriler oluşturma gereği duymamışlardır¹⁶.

1.2. Dava (*Actio*) Anlamıyla Hak Kavramı

Roma hukukunda, hak anlamında kullanılan *ius* ile dava anlamına gelen *actio* arasındaki sıkı ilişkinin sonucu olarak bu iki kavram da çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılırdı. Çünkü Romalılar, her *ius* için ayrı bir *actio* öngörürlerdi ve hak, sıklıkla ileri sürülme şekli olan dava yolu ile kendini gösterirdi¹⁷. Romalılar, hak kavramını *actio*'lar ile birlikte ele alırlar ve bir kimsenin *actio*'ya sahip olmasının, bu kimsenin aynı zamanda hak sahibi sıfatına sahip olması anlamına geleceğini belirtirlerdi. Yani tersi düşünüldüğünde, Romalılar bir kimsenin hak sahibi olduğunu söylerken bunu

¹³ Ömer Anayurt, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları** (Dördüncü Basım. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2002), s. 244; Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı-Hukukun Temel Kavram ve Kurumları** (On dördüncü Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), s. 206; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 92; Güriz, Hukuk, **a.g.e.**, s. 44-45.

¹⁴ Anayurt, **a.g.e.**, s. 244; Bilge, **a.g.e.**, s. 207; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 92; Güriz, Hukuk, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁵ Anayurt, **a.g.e.**, s. 244-245; Bilge, **a.g.e.**, s. 208; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 93; Güriz, Hukuk, **a.g.e.**, s. 45-46.

¹⁶ Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 342-343.

¹⁷ Schwarz, **a.g.e.**, s. 221; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 122; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 59.

actio'ya sahip olma şeklinde algılandığı¹⁸. Iustinianus' un *Institutiones*'inde ve *Digesta*'da *ius* ve *actio* arasındaki sıkı ilişki şu şekilde belirtilir:

D. 44.7.51., I. 4.6 pr. :

“*Actio autem nihil aliud es quam ius persequendi iudicio sibi debetur.*”

D. 44.7.51., I. 4.6 pr. :

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

Actio (dava), tanımlanması güç bir kelimedir ve yapılan herhangi bir tanımla ne olduğunu anlamak oldukça zordur. Çünkü yapılan tanımlarda *actio*'nun birden çok farklı içeriğe sahip olduğu görülür. Bu nedenle *actio* için kesin bir tanım vermekten kaçınılır¹⁹. Latince de bu kelime “*agere*” fiilinden yani “bir faaliyette bulunacak şekilde hareket etmekten” gelir²⁰. Genel olarak *actio*, bir kimsenin kendisine yapılan haksızlık karşısında bir çareye başvurmak için yetkilendirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Örneğin, bir kimse dolandırıcılık mağduru ise kendisine tanınan *actio de dolo* (dolandırıcılık davası) ile bahsedilen hukukî çareye başvurmak konusunda yetkilendirilmiş olur²¹. Bu örnekte *actio*'nun aslında bir hak olduğu sonucuna varılabilir. Çünkü bir kimse bir hukukî çareye başvurmak için yetkilendirilmiş ise, bir güven ve rahatlama hakkının olduğu da düşünülebilir²².

Belli durumlar altında bulunan kimselerin (örneğin, bir kimse haksız fiile maruz kaldığında) hak sahibi olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. *Actio* ise, sahibinin bu hakkının yargılama mekanizmasına dahil edilmesi ile karşımıza çıkardı. Bu noktadan hareket edilirse, Roma hukuku kaynaklarında *actio* için yukarıda verilen tanımın basit ancak *actio*'nun bu yönünü vurgulaması açısından önemli olduğu söylenebilir. Çünkü

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

¹⁹ Ernest Metzger, “Actions,” **A Companion to Justinian's Institutes**. Ed.: Ernest Metzger (New York: Cornell University Press, 1998), s. 208.

²⁰ Metzger, **a.g.m.**, s. 208; Schwarz, **a.g.e.**, s. 221; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 512; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 22.

²¹ Metzger, **a.g.m.**, s. 208.

²² Aynı, s. 208.

actio, bir usul hukuku kavramıdır ve bunun ön plana çıkarılması gerekir²³. Bu nedenle *actio*'nun, daha çok usule ilişkin bir kavram olduğu göz önünde tutularak talep hakkı olarak nitelendirilmesinin yanlış olduğunu söyleyemeyiz. Romalıların *ius* ve *actio* arasında kabul ettikleri bu ilişki öylesine sıkı bir ilişkidir ki aşağıda da inceleneceği gibi hakların sınıflandırılmasında, davalara ilişkin olarak yapılan ayırmadan hareket edilirdi²⁴. Kısacası, Romalılar, *actio*'yu , *ius* olarak kabul ederlerdi²⁵.

Günümüzde kişiler, sahip oldukları hakların korunması için devletin yargılama mekanizmasını dava yolu ile harekete geçirebilirler. Roma hukukunda ise kişiler dava yoluna başvurmadan önce hukuk işleri ile görevli *praetor*'lara başvururlardı. *Praetor*'lar, hakkaniyeti sağlamak için *ius civile*'nin tanıdığı hakların ve bazen hak konusu olmayan hukukî ilişkilerin, dava yolu ile korunmasına izin verebilirlerdi²⁶. Buradan *praetor*'ların hak tanıma yetkilerinin olduğu sonucu çıkarılmasa da sahip oldukları yetkilerinin Roma hukukunda oldukça etkili ve önemli sonuçları vardı. Yargılamadaki bu yetkileri ile bir anlamda dava yoluyla korunacak menfaati ve bu menfaate aykırı davranışın yaptırımını belirleyerek, tanımında yer alan temel unsurlarından biri olan hukuk düzeni tarafından teminat altına alınması noktasında haklara, dava kavramına bağlı bir görünüm kazandırmışlardır.

Roma hukukunda dava, bir şey üzerinde veya bir kişiye karşı ileri sürülen bir hakkı belirtirdi. Ancak, hak ve dava kavramları karşılaştırıldığında hakların hükümlerinden çok, davaların hükümlerine önem verilirdi. Ayrıca hakların nitelendirilme yönünden davalara, davalarında sınıflandırılma yönünden haklara dayandığı görülürdü²⁷.

²³ Metzger, **a.g.m.**, s. 209; Erdoğan, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 97.

²⁴ Bkz., aşa. Bölüm 1.2.

²⁵ Bununla birlikte Roma hukukunda her türlü davanın bir hak olarak görüldüğünü söylemek mümkün değildir. D. 44.7.51 ve I. 4.6 pr' de *actio* için verilen tanıma dikkat edildiğinde *actio* 'nun, kuvvetle muhtemel olmakla birlikte, yalnızca şahsî davalar bakımından hak olarak görüldüğünü söyleyebiliriz. Diler Tamer Güven, "Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi." (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987), s. 14.; Umut, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 512.

²⁶ Güven, **a.g.e.**, s. 6.

²⁷ Barry Nicholas, **An Introduction to Roman Law** (Oxford, Clarendon Press, 1962), s.105.

2. ROMA HUKUKUNDA HAKLARIN SINIFLANDIRILMASI

2.1. Genel Olarak

Kişilerin iradelerine uygun olarak hukuk düzeni tarafından korunan faydaları biçiminde tanımlanan hak kavramına ilişkin olarak ilk kez Romalılarca yapılan sınıflandırma, günümüzdeki ayırımın temelini oluşturmaktadır²⁸. Aynî hak-şahsî hak şeklinde ifade edilen bu sınıflandırmanın temelini ise, Roma hukukunda davalara ilişkin olarak yapılan sınıflandırmadan hareketle ortaya çıktığı söylenebilir. Roma hukukunda her türlü hak için genel nitelikte bir *actio* bulunmazdı. Her hakka özel isimli bir *actio* karşılık geldiğinden Roma hukukunda haklar, bu hakların elde edilmesine yarayan *actio*'lar bakımından sınıflandırılırdı²⁹. Bu sınıflandırma, sahip olmak ve yükümlülük kavramlarının hukuk dilindeki karşılıkları olan mülkiyet ve borç kavramlarının yorumlanması ile yapıldı³⁰. Bu davalardan aynî nitelikte olanı kişi ve eşya arasındaki ilişkiden, şahsî davalar ise kişiler arasındaki ilişkilerden kaynaklanırdı.

Roma hukukunda hak ve hakkın ileri sürülmesi yolu olan dava arasındaki sıkı ilişkinin sonucunda bu kavramların çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılmasının mümkün olması nedeniyle, davalar için yapılan bu ayırmadan hareketle aynî hak-şahsî hak ayırımının ilk kez Romalılarca yapıldığı söylenebilir³¹. Çağımız Roma hukukçularının çoğu tarafından bu sınıflandırmanın, aynî hak (*ius in rem*)-şahsî hak (*ius in personam*) şeklinde ifade edildiği ancak Roma hukuku kaynaklarında bu ifadelere rastlanmadığı görülür³².

Roma hukuku, davalara yönelik olarak yapılan bu sınıflandırmadan ortaya çıkan aynî hak-şahsî hak şeklindeki ayırım ile tanınır ve bu, mülkiyet hakkının niteliğini belirlemek açısından oldukça önemlidir. Bu nedenle mülkiyet hakkı anlatılmadan önce

²⁸ Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku** (Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış İkinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s. 16.

²⁹ Schwarz, **a.g.e.**, s. 221; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 120.

³⁰ Nicholas, **a.g.e.**, s.100.

³¹ Nicholas, **a.g.e.**, s. 100; Erkan Küçükgüngör, **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1998), s. 7.

³² Küçükgüngör, **a.g.e.**, s. 7.

bu sınıflandırmaya değinilmesi gerekir³³. Gaius ve Iustinianus'un eserlerinde karşımıza çıkan bu ayırım şu şekilde belirtilmektedir³⁴:

Gai. 4.3., I. 4.6.1-2. :

“Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam.”

Gai. 4.3., I. 4.6.1-2. :

“Hakimler veya hakemlerin önüne getirilmiş herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin bütün davalar bir ana sınıflandırma ile ikiye ayrılırlar: ya aynî (*in rem*), ya şahsîdir (*in personam*).”

Roma hukukunun, hakları bu şekilde sınıflandırarak günümüz özel hukuk sistemlerine en büyük katkıda bulunduğu söylenilebilir³⁵. Öyle ki Romalıların her dönem üzerinde yoğun bir şekilde durduğu konuların başında gelen hak kavramına ilişkin olarak yaptıkları bu sınıflandırma, günümüzdeki sınıflandırmanın temelini oluşturur. Günümüz özel hukuk öğretilerinde Romalıların bu sınıflandırması esas alınarak haklar, daha geniş bir şekilde mutlak haklar ve nisbî haklar olarak ikiye ayrılırlar.

Aynî hakların esas niteliği, hak sahibine, bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlamasıyla görülür. Bu özelliğinden dolayı aynî haklar, hak sahibinin bu hakimiyetini ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardır³⁶. Aynî haklar, mutlak hakların en önemli bölümünü oluşturur ve bu hakları koruyan davalara “aynî dava (*actio in rem*)” denir. Bu davalar hakkı ihlal edene veya edenlere karşı açılırdı. Diğer taraftan, Roma hukukunda her aynî hakka, özel ismi olan bir aynî dava karşılık

³³ D.L. Carey Miller, “Property,” *A Companion to Justinian’s Institutes*. Ed.: Ernest Metzger (New York: Cornell University Press, 1998), s. 42-43.

³⁴ Gaius’un eserinden alıntılar için, bkz., Gaius, *The Institutes of Gaius*, Ed.: W.M. Gordon, O.F. Robinson (London: Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997), Iustinianus’un eserinden alıntılar için, bkz., Iustinianus, *Institutiones*. Çeviren: Ziya Umur (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968).

³⁵ Miller, *a.g.m.*, s. 45.

³⁶ Nicholas, *a.g.e.*, s. 100; Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Anahatları* (Ankara: AÜHF Yayınları, 1971), s. 112; Honig, *a.g.e.*, s. 313; Oğuzoğlu, Roma, *a.g.e.*, s. 138; Umur, Tarihi Giriş, *a.g.e.*, s. 344; Karadeniz-Çelebican, Eşya, *a.g.e.*, s. 21-22.

gelirdi. Çünkü bir hakkın, genel nitelikte bir yaptırımını yoktu ve bu nedenle bir hak için genel bir dava söz konusu değildi³⁷.

Aynî hakların en önemlisi mülkiyet (*dominium*) hakkıdır. Mülkiyet hakkı, bir mal üzerinde en geniş hakimiyeti sağlayan bir aynî haktır. Mülkiyet hakkı, “sahibine hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde düşünülebilecek her türlü egemenliği sağlayan hak” olarak tanımlanmaktadır³⁸. Aynî hakların diğer bölümünü ise sınırlı aynî haklar oluşturmaktadır. Yani eşya üzerinde mülkiyetten başka aynî haklar da bulunmaktadır. Bazı durumlarda başkasına ait olan bir mal üzerinde de bir aynî hak kurulabilir. Roma’da bu tür aynî haklara başkasına ait mallar üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) denirdi³⁹.

Günümüzde nisbî hak olarak nitelendirilen şahsî haklarda ise, hak sahibi ile eşya veya mal arasında doğrudan doğruya bir ilişki yoktur. Bu haklar, belli bir kimseye karşı bir şeyin verilmesini, yapılmasını veya yapılmamasını istemek hakkının ileri sürülmesinin mümkün olduğu haklardır. Bu haklar, herkes tarafından değil, hak sahibinin karşısında bulunan kişi veya kişiler tarafından ihlal edilebilir. Bu hakların en önemlisi ise borç ilişkisinden doğan haklardır. Şahsî hakları koruyan davalar ise şahsî davalar (*actio in personam*) olarak nitelendirilirdi. Aynî haklarda olduğu gibi, her şahsî hakka özel isimli şahsî davalardan bir tanesi karşılık gelirdi⁴⁰. Bütün bu özellikleri nedeniyle mütalebe hakkı olarakta nitelendirilen şahsî haklar, aynî haklara zıt bir niteliktedirler⁴¹.

³⁷ W.W. Buckland, **A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, (Second Edition, Cambridge, Oxford Press, 1932), 604 vd.

³⁸ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 84; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 344; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 113.

³⁹ Orta Çağ hukukçuları olarak bilinen glossator ve postglossatorlar, Roma hukukunda *dominium* ve *iura in re aliena* arasında terminolojik bakımdan bir sınıflandırma yapmışlardır. Bunu yaparken her iki kavramda ortak olan *ius in re*'yi farklı şekilde yorumlamışlardır. Glossatorlar, *ius in re*'nin *actio in rem*'e neden olduğunu kabul etmezlerdi. *Ius in re*'yi ifade etmek için glossatorlar, *dominium*'u geniş anlamda kullanmayı tercih ederlerdi. *Ius in re* ve *ius in personam* arasındaki farklılıklardan hareket etmezlerdi. Postglossatorların tercih ettikleri kavram ise *ius in re* idi. Bunlar *ius in re* ve *ius in personam* arasındaki farklılıklardan hareket ederlerdi. Robert Feenstra, “*Dominium and Ius In Re Alienata*,” **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Ed.: Peter Birks (Oxford: Clarendon Press, 1989), s. 112-113; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 345.

⁴⁰ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 111-112; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 346-347.

⁴¹ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 112.

2.2. Hukukî İşlemler ve Hakların Sınıflandırılması

Gerek Roma hukukunda gerekse de günümüz hukukunda hakların bu şekilde sınıflandırılmasının büyük ölçüde hukukî anlamda kişilerin girdikleri farklı hukukî ilişkilerden doğan farklı sonuçların düzenlenmesine hizmet ettiği söylenebilir. Hukukumuzda, hukukî anlamda kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Yani hukukî anlamda kişi, doğal bir kavramı ifade etmek için kullanılmaz. “Hukuk düzenin kendisine hak sahibi olma ve borç altına girebilme iktidarı tanıdığı varlıklar hukukî anlamda kişi sayılırlar.” şeklinde tanımlanarak, burada sözü edilen kişi teriminin hukuk düzeninin oluşturduğu bir kavram olduğu söylenebilir⁴².

Medeni Kanun’un 8. maddesinin 2. fıkrasında “haklara ve borçlara ehil olma” aynı zamanda hak ehliyetine sahip olma anlamına geldiğinden, kişiler hak ehliyetine sahip olan varlıklar şeklinde tanımlanabilir. Ancak, hukukî anlamda kişiden söz edildiği zaman yalnızca gerçek kişi olan insanlar anlaşılmalıdır. Her ne kadar kişi denildiği zaman akla ilk olarak insanlar gelse de hukuk düzenimizin kabul ettiği, hak ve borçlara ehil olabilen diğer bir varlık olan tüzel kişiler göz ardı edilmemelidir⁴³.

Hukukî anlamda kişilerin kimler olduğu yada kimlerin hak ehliyetine sahip olabileceği sorularına cevap verildiğinde aynı zamanda mülkiyet hakkı sahibi yani malik olabilecekler de büyük ölçüde belirlenmiş olur. Ancak, bu soruların cevapları toplumdan topluma ve bu nedenle hukuk düzenlerine göre farklılık gösterir. Bu noktada Roma hukukunda hukukî anlamda kişiden söz edildiğinde, durumun çağdaş hukuklardan ve Türk hukukundan farklı olduğu ve bu farklılığın ilk olarak Gaius’un

⁴² G. Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku** (Dördüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2002), s. 241-242.

⁴³ Medeni Kanun’un “Kişiler Hukuku” başlıklı birinci kitabının birinci kısmında gerçek kişiler (MK. m. 8 - m. 46), ikinci kısmında ise tüzel kişiler (MK. m. 47 - m. 117.) düzenlenmektedir. Tüzel kişiler, hukuk düzenimizin sosyal zorunluluklar nedeniyle belli amaçları gerçekleştirmek için kendilerine, haklara sahip olabilme ve borç altına girebilme iktidarı tanıdığı mal veya şahıs topluluklarıdır. Tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişisi ve kamu hukuku tüzel kişisi olarak sınıflandırmak mümkündür. Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu otoritesini kullanan kamu idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Bu bağlamda devlet, il, belediye, köy, üniversiteler, barolar, noterler birliği gibi çok sayıda kurum ve kuruluşu kamu tüzel kişisi olarak gösterebiliriz. Özel hukuk tüzel kişileri ise, özel hukuk alanında hukukî işleme kurulan tüzel kişilerdir. Özel hukukta tüzel kişiler kazanç paylaşma amacı güdüp gütmemelerine göre bir ayrıma tabi tutulurlar. Kazanç paylaşma amacı güden özel hukuk tüzel kişileri Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olan şirketlerdir. Kazanç paylaşma amacı gütmeyen özel hukuk tüzel kişileri ise dernekler ve vakıflardır.

özel hukuka ilişkin olarak yaptığı sınıflandırmada ve *Digesta*'da karşımıza çıktığı görülür⁴⁴.

Gai. 1.8. :

“ *Omne autem ius quo utimur uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones. et prius uideamus de personis.*”

Gai. 1.8. :

“ Bize uygulanmakta olan hukuk ya insanlara ya mallara yada davalara ilişkindir. Bu, ilk olarak şahsın hukukunu incelememize izin verir.”

D. 1.5.2. :

“ *Homini causa omne ius constitutum est* ”

D. 1.5.2. :

“ Bütün hukuk insanlar için tesis edilmiştir.”

Gaius'un bu sınıflandırmasında yer alan “insanlara ilişkin hukuk” ifadesinde ve yine *Digesta*'da “insanlar için tesis edilen hukuk” ifadesinde yer alan insan, hukukî anlamda kişiye karşılık gelmez⁴⁵. Yalnızca yukarıda anlatılan gerçek kişi insanı ifade eder⁴⁶. Roma hukukunda, hukukun karşısında yer alan gerçek kişi insanlar, eşit bir şekilde hak ve borçlara sahip değillerdi. Çünkü hukukî korumadan her insan aynı şekilde yararlanamazdı⁴⁷. İnsanların hak ehliyetleri, hür olup olmama (*status libertatis*), Roma vatandaşı olup olmama (*status civitatis*) ve aile evladı olup olmama (*status familiae*) gibi nedenlerle sınırlanmaktaydı. Yani hukukî anlamda kişi olarak kabul

⁴⁴ Schwarz, **a.g.e.**, s. 234; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 116-119; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 33.

⁴⁵ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 126-127.

⁴⁶ Gerçek kişinin karşılığı olan *persona* kelimesi eski çağ tiyatro dilinde aktörün maskesini ifade ediyordu. Bu maske aktörün aldığı role göre yüzüne takılırdı. Hukukçular için *persona* kelimesinin şahıs kelimesinin karşılığı olarak kullanılmasının sebebi ise insanların hayat sahnesinde oynadıkları hukukî rolü ifade etmesidir. Michel Villey, **Roma Hukuku Güncelliği**. Çeviren: Bülent Tahiroğlu (İstanbul: Der Yayınları, 1985), s. 69, dn.1.

⁴⁷ Aynı, s. 69-70.

edilebilen, hak ehliyetine sahip olabilen varlık olarak tanımlanan gerçek kişi insanların sahip oldukları bu ehliyet, Roma hukukunda kısıtlıydı. Bu kısıtlama sebepleri ise, daha az sayıda insanın hukukî anlamda kişi olarak kabul edilmesine neden olmuştur⁴⁸. Roma hukukunda her ne kadar hukukun gerçek kişi insanlar için olduğu belirtilsede insan olarak sınıflandırılan köleler her zaman hukuk dışı sayıldılar⁴⁹.

Hukukî anlamda kişi olarak kabul edilen tüzel kişilerden ise, Roma hukuku metinlerinde tek bir kelime ile dahi söz edilmediği görülür. Ancak Roma hukukunda tüzel kişiler de vardı ve karşımıza tüzel kişiliğe sahip, farklı gruplar çıkardı. Bu gruplar aynı amaçları gerçekleştirmek için bir araya gelmiş bireylerin oluşturdukları dernekler ve amacı gerçekleştirilmek için tahsis edilmiş mal topluluğu olan vakıflardı. Ancak bu tüzel kişiler, Roma hukukunda özel hukuk kişisi olarak kabul edilmediler⁵⁰.

Hukukî işlem, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kişilerin hukukî sonuç doğurmaya yönelik olarak beyan ettikleri iradeleridir. Haklar, hukukî işlemlerin başında yada hukukî işlemlerin sonucunda karşımıza çıkarlar. Çünkü bir kimse sahip olduğu hakkını kullanarak bir hukukî işlem yapabilir. Yine bir kimse, bir hukukî işlemin sonucunda hak sahibi olabilir veya sahip olduğu hakkını kaybedebilir.

Hakkın niteliği ile hukukî işlem birbirinden bağımsız değildir. Hukukî işlemin tanımını yaparken söz ettiğimiz hukuk düzeninin çizdiği sınırlar, hukukî işleme konu olan hakkın niteliği dikkate alınarak belirlenir. Ayrıca hakkın niteliği, hukukî işlemin sonuçlarını da şekillendirir. Bu nedenle hakların sınıflandırılarak niteliklerinin belirlenmesinin, hukukî düzenin sağlanmasına hizmet ettiği söylenebilir. Ancak, hukukî işlem kavramı, Roma hukukunun günümüze kadar ulaştırdığı kavramlardan biri değildir⁵¹. Bu nedenle, Romalıların bu amaçlarla hakları sınıflandırdıkları söylenemez.

⁴⁸ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 126; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 350.

⁴⁹ Gai. 1. 8. : “*Et quidem summa diuisio de iure personarum haec est quod omnes homines aut liberi sunt aut serui.*” yani “İlk olarak insanlara ilişkin olan hukukta insanlar, hürler yada köleler olarak bölünürler.”

⁵⁰ Villey, **a.g.e.**, s. 79; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 412.

⁵¹ Schwarz, **a.g.e.**, s. 259; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 427.

2.3. Roma Hukukunda Sınırlı Aynî haklar ve Çeşitleri

Yukarıda kısaca değinilen sınırlı aynî haklar veya mülkiyetten gayri aynî haklar, aynî hakların ikinci büyük kategorisini oluşturur. Romalılar, sınırlı aynî hakları, başkasına ait mallar üzerindeki haklar (*iura in re aliena*) olarak ifade ederlerdi. Roma'da şahıslar, taşınmazları üzerinde kendi lehine irtifak hakkı (*servitutis*) kurmak yetkisine sahip olmadıklarından (*nemini res sua servit*) kullandıkları ifadenin Roma hukukuna uygun düştüğü söylenebilir⁵². Başkalarına ait mallar üzerindeki hakları (*iura in re aliena*) kısaca, mülkiyet hakkı sahibinin, üçüncü kişilere bazı sınırlamalarla sağladığı aynî haklar olarak nitelendirmek mümkündür⁵³. Bu hakların Roma hukukunda bilinen çeşitleri günümüz hukukundakilere benzerlik gösterirdi. Bu hakların çeşitleri, sosyal ve ekonomik nedenlerle ortaya çıkış ve gelişimlerinin farklı olması sonucunda Roma hukuku dönemlerine göre farklılık göstermiştir⁵⁴.

Sınırlı aynî haklar ile hak sahibine, başkasının malı üzerindeki mülkiyet hakkını kısıtlayan bazı yetkiler verilmektedir⁵⁵. Bu hakların bazılarında bu kısıtlamalar daha çok, bazılarında ise daha azdır. Ancak her biri, mülkiyetin sağladığı kadar geniş bir egemenlik hakkını sahibine sağlayamaz. Bununla birlikte, mülkiyetin elastikî oluşu nedeniyle malik, mal üzerinde başkalarının sahip olduğu bu haklar ortadan kalkar kalkmaz, mülkiyetin kendisine sağladığı tüm yetkileri tekrar kazanırdı⁵⁶.

Aynî hakların farklı bir kategorisi olarak karşımıza çıkan bu hakların mülkiyetten ayrıldığı nokta, hak sahibinin *ius abutendi*'ye sahip olmamasıydı⁵⁷. Oysa bir şeyin maliki bu hakka da sahipti. Bu hakların şahsî haklardan ayrıldığı nokta ise üzerinde kuruldukları şey var oldukça devam etmeleri ve herkese karşı ileri sürülebilir olmalarıydı⁵⁸.

⁵² Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 145; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 85-86.

⁵³ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 114.

⁵⁴ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 89.

⁵⁵ Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 476.

⁵⁶ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 113; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 238-239.

⁵⁷ *Ius Abutendi*, "Bir mal üzerinde, onu kısmen veya tamamen temlik etmek, sarf ve istihlak etmek imkanlarını veren tasarruf yetkisidir." Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 99.

⁵⁸ Şakir Berki, "Roma Hukukunda Aynî Haklar," **AÜHFD**, Cilt No: 5, Sayı No: 1-4 (1948), s. 365.

Daha öncede belirtildiği gibi, Roma'da başkasının malı üzerindeki hakların ortaya çıkış ve gelişmeleri, sosyal ve ekonomik nedenlerle Roma hukuku dönemlerine göre farklılık göstermişti. Bu farklılıklar, bu hakların çeşitleri bakımından da etkili oldu. Sınırlı aynî hakların, Klasik hukuk dönemi ile Iustinianus döneminde farklı çeşitlerinin karşımıza çıktığını görürüz. İrtifak hakları, bu dönemlerde ve bu dönemler arasındaki geçiş sürecinde, çeşit ve nitelik açısından değişikliğe uğrayan sınırlı aynî haklardandı. Klasik hukuk döneminde irtifak haklarından sadece taşınmaz lehine olan, taşınmaza ilişkin irtifak haklarının (*servitutes*) sınırlı aynî hak olarak kabul edildiği görülür. Iustinianus döneminde ise Klasik hukuk dönemi sınırlı aynî haklarından olan taşınmaza ilişkin irtifak hakkının (*servitutes praediorum*), irtifaklar (*servitutes*) kavramı altında çeşit ve nitelik açısından farklılaştığını, şahıslara ilişkin irtifak haklarının (*servitutes personarum*) yeni bir ayırım olarak karşımıza çıktığını görürüz. Hemen belirtmek gerekir ki, tüm irtifak hakları için Iustinianus döneminden itibaren genel düzenlemelere gidilmemiştir. Bu nedenle Iustinianus dönemine kadar farklı şekilde gelişme gösteren bu haklar için genel ve ortak belirlemelerde bulunmak pek mümkün değildir.

Iustinianus dönemini dikkate alarak sınırlı aynî hakların Roma hukukundaki çeşitlerini kısaca ve genel olarak belirtecek olursak, karşımıza öncelikle irtifak hakları (*servitutes*) çıkar⁵⁹. Roma hukukunda irtifak hakları için ikili bir sınıflandırmaya gidilmiş olup bu sınıflandırma, taşınmazlara ilişkin irtifak hakları (*servitutes praedium*) ve şahıslara ilişkin irtifak hakları (*servitutes personarum*) şeklinde yapılmaktadır. Şahsî irtifakların en önemlisi intifa hakkı (*ususfructus*) idi ve bunun dışında da çeşitli şahsî

⁵⁹ Medeni Kanun' un 779-922. maddeleri arasında düzenlenmiş olan sınırlı aynî haklar, mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkilerin, mülkiyet hakkından bağımsızlaştırılarak malikin iradesi ile başkasına tahsis edilmesidir. Temeli Roma hukukuna dayanan sınırlı aynî haklar, Kanunumuzun sistematigi içerisinde Roma hukukundan farklı olarak, irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyeti ve rehin olmak üzere üç gruba ayrılır. Bu haklardan biri olan ve Roma hukukunda da bir sınırlı aynî hak olarak karşımıza çıkan irtifak hakları Medeni Kanun madde 779'da, "sahibine hakkın konusu olan eşyayı doğrudan doğruya kullanma veya ondan yararlanma yetkileri veren veya malike bir çekinme borcu yükleyen bir hak" olarak tanımlanır. Roma hukukunda olduğu gibi bu hakkın taşınmaz veya belirli bir şahıs lehine kurulması mümkündür. Bu haklar, Türk hukukunda aynı zamanda kapsamlarına göre olumlu ve olumsuz irtifak hakları şeklinde ayırma tabi tutulur. Olumlu irtifaklarda hak sahibi, hak konusu eşyayı kullanır veya ondan yararlanırken, olumsuz irtifaklarda hak sahibine kullanma yada yararlanma yetkileri verilmez. Olumsuz irtifaklarda malik, mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkileri kullanmaktan kaçınır. Yani olumsuz irtifaklarda malikin bir anlamda hareketsiz kalması beklenir. Malikin hareketsiz kalması, kaçınması onun için asli bir edim yükümlüdür. İrtifak haklarının çeşitli sınıflandırmaları için bkz., Turhan Esener ve Kudret Güven, **Eşya Hukuku** (Üçüncü Basım. Ankara: Gazi Büro Kitabevi, 1996), s. 264-267; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), s. 684-690; Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi, **Eşya Hukuku** (Üçüncü Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), s. 572-578.

irtifak hakları vardır. Burada uzun süreli kira hakkı (*emphyteusis*), üst hakkı (*superficies*) ve rehin hakkı⁶⁰ (*pignus-hypotheca*) gibi haklar da sınırlı aynî haklar olarak karşımıza çıkar.

Sınırlı aynî haklar, mülkiyet hakkı sahibi tarafından tahsis edildiği için ve mülkiyet hakkı sahibinin, sınırlı aynî hak sahibinin sahip olduğu yetkilere normal şartlarda zaten sahip olduğundan hareketle, Roma hukukunda malikin kendi malı üzerinde aynı zamanda sınırlı aynî hak sahibi olamayacağı bir prensip olarak kabul edilirdi. Bu nedenle, Roma hukukunda sınırlı aynî hak ifadesi yerine “*iura in re aliena* (başkasının eşyası üzerinde aynî hak)” ifadesi kullanılırdı. Türk hukukunda ise, Roma hukukundan farklı olarak bu hakkın mülkiyetten bağımsızlaştırılmış olması fikrinden hareket edilerek, malik lehine irtifak, malik lehine taşınmaz rehni ve malik lehine taşınmaz yükünün⁶¹ olabileceği kabul edilmektedir.

⁶⁰ Malikin, mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkilerden, eşyayı satıp paraya çevirme yetkisinin, mülkiyetten bağımsızlaştırılarak başka bir kimseye tahsis etmesi sonucunda ise karşımıza rehin hakkı çıkar. Medeni Kanun’da taşınmaz ve taşınır rehni olarak ikiye ayrılan rehin hakkı, madde 850-973. arasında düzenlenen, alacaklıya rehin konusu şeyi, borcun ifa edilmemesi durumunda icra kanalıyla sattırıp, satış değeri üzerinden alacağın tahsiline olanak sağlayan bir sınırlı aynî haktır. Roma hukukundan farklı olarak Türk hukukunda taşınır ve taşınmaz mallar dışında ekonomik ve toplumsal koşulların gerektirdiği zorunlulukların bir sonucu olarak alacak hakları ve diğer haklar üzerinde de rehin ve irtifak hakkının kurulmasına olanak tanınmıştır. Ancak alacak hakkı sahibinin bu durumda rehin ve irtifak hakkı sahiplerine oranla çok daha geniş yetkilere sahip olacağından, alacak hakları üzerinde kurulmuş olan rehin ve irtifak hakları tam bir aynî hak niteliğinde değildir. Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku** (Beşinci Basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), s. 447.

⁶¹ Roma hukukunda sınırlı aynî haklar arasında belirtmediğimiz taşınmaz yükü ise Medeni Kanun madde 839’da “bir taşınmaz malikin yalnız o taşınmaz sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermeye yada yapmaya yükümlü tutulması” şeklinde tanımlanır. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi bu hak, irtifak ve rehin haklarına ait bazı özellikleri içermektedir. Taşınmaz sahibinin bir şey yapma veya verme şeklindeki aktif bir borç altına sokulması ile irtifak hakkına, taşınmazın alacağın karşılığı olarak gösterilmesi nedeniyle ise rehin hakkına benzemektedir.

3. ROMA HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKI

3.1. Mülkiyetin Tarihsel Gelişimi

3.1.1. İlkel Topumlarda Mülkiyet

Mülkiyetin başlangıcını ve gelişimini incelerken öncelikle ilkel toplumları ele almak gerekir. Belirli bir zaman dilimi içinde yaşayan ilkel topluluklara bakıldığında bunların özellikle din ve inanış konusunda birbirleriyle bağlantılı oldukları görülür. Hayatın her alanını kapsayıp etkileyebilen mülkiyet kavramı, bu ilkel topluluklarda daha çok dinsel bir yapıya sahip bir kavram olarak karşımıza çıkardı⁶².

İlkel toplumların düşüncüğü günümüz toplumların düşüncüğünden oldukça farklıydı. Bunun nedeni, ilkel toplumların düşüncüğü tarzının akıldan çok mistisizm ile yoğrulmuş olmasından kaynaklanır. Bu nedenle ilkel toplumlar eşyayı bizim algıladığımız şekilde algılamazlardı. Onların algılaması, toplumsal mistik inanışın bir yansıması olarak ortaya çıkardı. İster kolektif isterse de ferdî anlamda olsun⁶³, ilkel toplumlarda bu inanışın bir sonucu olarak mülkiyetin mistik bir biçimi karşımıza çıkardı⁶⁴.

İlkel toplumlarda toprağın ferdî mülkiyet konusu olduğu çok az görülür. Toprak üzerinde ferdî mülkiyet, ilkel toplumlarda istisnâ bir nitelik taşırdı. Toprak üzerinde özel olarak tarım faaliyetlerinin yapılabilmesi, toprakların paylaşılması sonucunda mümkün olabildi⁶⁵. Çünkü ilkelde toprağın, üzerinde yaşayan veya yaşayarak ölmüş insan gruplarına ait olduğu kabul edilirdi. Toprak ile topluluk arasındaki bu ilişki o kadar güçlüydü ki, toprağın ölümlere ait kısmının kullanılması kimsenin aklına gelmezdi⁶⁶. İlkel toplulukların “üzerinde yaşadıkları toprağın, bir başkasına kesinlikle satılamayacağı ve bırakılamayacağı” şeklindeki mistik inanış ve yorumlarının

⁶² Felicien Challaye, **Mülkiyetin Tarihi**. Çeviren: Arif Kızıntuğ (İstanbul: Düşünen Adam Yayınları, 1994), s. 9, 12 ve 21.

⁶³ Kolektif mülkiyet için toplumsal mülkiyet, ortak mülkiyet gibi ifadelerin, ferdî mülkiyet için ise şahsî mülkiyet, özel mülkiyet gibi ifadelerin de kullanıldığı görülür. Bu çalışmada kolektif mülkiyet ve ferdî mülkiyet ifadeleri kullanılacaktır.

⁶⁴ Challaye, **a.g.e.**, s. 12 -13.

⁶⁵ Adnan Güriz, **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1969), s. 4; Challaye, **a.g.e.**, s. 12.

⁶⁶ Challaye, **a.g.e.**, s. 14-15.

sömürgecilik faaliyetleri sonucunda kurulan koloniler tarafından algılanamaması, bu topraklar üzerinde yaşayan ilkelerin katledilmesine sebep oldu⁶⁷. Kollektif mülkiyetin konusunu yalnızca toprak oluşturmazdı. Toprağın yanında ziraat malzemeleri, av eşyaları ve hatta kabile dışında kazanılan paranın da kollektif mülkiyete konu olduğu görülür⁶⁸.

İlkel toplumlarda ferdi mülkiyet ise daha çok kollektif mülkiyetin bir parçası olarak görülürdü. Bu topluluklarda ferdi mülkiyete konu olabilecek eşya sayısı oldukça sınırlıydı⁶⁹. Ferdi mülkiyet, sahiplenilen yani kişi ve sahiplenilen yani eşya arasındaki ilişkiden ortaya çıkardı. Bu ilişki, ilkel toplumlarda kişinin ölmesiyle birlikte bu kişinin mülkiyetindeki eşyaların da yok olması sonucunu doğururdu. Ölenin eşyalarının da ortadan kaldırılmasının yani eşyaları ile birlikte gömülmesinin nedeni ise başka grup üyelerinin bu eşyaları isteyerek karışıklığa yol açılmasının önlenmesi ve ölenin gazabına uğramaktan çekinilmesinden kaynaklanır. Ölenin bazı eşyaları ise miras olarak çocuklarına bırakılırdı. Miras bırakılacak eşyalar topluluktan topluluğa farklılık gösterirdi⁷⁰.

Buraya kadar anlatılanlardan çıkarılacak sonuç, ilkel toplumlarda insanın mallara karşı olan davranışlarının ve bakış açılarının çağdaş insanınkinden farklı olduğu ve bu farklılığın sonucu olarak ilkel toplumlarda, asıl olarak mülkiyetin kollektif biçiminin karşımıza çıktığıdır. İlkel toplumlarda egemen olan kollektif mülkiyetin, sosyalistler tarafından bu toplumlarda sosyalist bir düzen olduğunun göstergesi olarak kabul edilmesi ve bu görüşe karşı kapitalist savunucuların karşı görüşler ileri sürmeleri ilkel toplumların mülkiyet ile ilgili kurallarının tarafsız bir biçimde ortaya konulmasını engellemektir⁷¹.

⁶⁷ Challaye, **a.g.e.**, s. 15-16.

⁶⁸ Aynı, s. 17.

⁶⁹ Güriz, Mülkiyet, **a.g.e.**, s. 8; Challaye, **a.g.e.**, s. 18.

⁷⁰ Challaye, **a.g.e.**, s. 19-21.

⁷¹ Her toplumun kendisine ait dünya görüşü ve ideolojileri vardır. Bu görüş ve ideolojiler doğrultusunda, o toplumdaki sosyal kavram ve kurumlar şekillendirilir. Mülkiyetin de sosyal bir kavram olduğu düşünüldüğünde, bu görüş ve ideolojilere göre mülkiyete farklı anlamlar kazandırılmaktadır. Hangi görüş ve ideoloji olursa olsun, ister liberal isterse de sosyalist, mülkiyete verilen farklı anlamlarda mülkiyetin özü daima aynı kalır. Çünkü mülkiyete bir hak olarak baktığımızda, eşyayı konu alır ve bu farklı görüşlerle eşyanın kendisi değil, ancak eşya ile kişi arasındaki ilişki farklı yorumlanabilir. Bu çalışmada farklı sistemlerin mülkiyete bakış açıları üzerinde durulmayacaktır. Fikret Eren, "Mülkiyet Kavramı," **Recai Seçkin'e Armağan** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1974), s. 767; Güriz, Mülkiyet, **a.g.e.**, s. 12.

3.1.2. Eski Yunan'da Mülkiyet

Eski Yunan'da ilk zamanlarda ilkel toplumlarda olduğu gibi toprak üzerinde kolektif mülkiyet söz konusu idi. Yine bu mülkiyetin belirlenmesinde ilkelerde olduğu gibi dinsel inanışlar etkili oldu. Ancak inanış farklılığının bir sonucu olarak, toprak üzerinde mülkiyetin ailelere⁷² ait olduğu kabul edilirdi⁷³. Bu durum, toprağa ortak bir biçimde sahip olanların sayısının ciddi biçimde azalmasına sebep olmuştur. Çünkü ilkelerde bahsedilen toplumsal mülkiyet içinde, malik olanların sayısı belirsizdi. Aile mülkiyeti ise daha az sayıda bireyin dahil olduğu bir kolektif mülkiyet biçimi olarak karşımıza çıkardı. Bir diğer farklılık, ilkel topluluklarda mülkiyete konu olan kadının yerini Eski Yunan'da kölelerin almış olmasıydı.

Eski Yunan mülkiyetine ilişkin en önemli gelişme ve değişimin yukarıda sözü edilen aile mülkiyeti anlayışının ortadan kalkması ve ferdî mülkiyetin yaygınlaşması olduğu söylenebilir. İnanışlardaki farklılaşmanın bir sonucu olarak aile mülkiyeti anlayışı zamanla ortadan kalktı. Daha sonra, ticaret hayatındaki gelişmeler mülkiyet anlayışında büyük değişikliklere neden oldu. Ticaret hayatında kıymetli madenlerin, özellikle de gümüşün kullanılmaya başlaması ile paranın ekonomik hayat içindeki dolaşımı toprak mülkiyetini de etkiledi ve toprak üzerindeki aile mülkiyeti ortadan kalkarak ferdî mülkiyet karşımıza çıktı⁷⁴.

Buraya kadar olan açıklamalardan çıkarılacak sonuç, mülkiyet anlayışının Eski Yunan'da evrim geçirdiğidir. Bu evrim, aile mülkiyetinden ferdî mülkiyete doğru çok hızlı bir biçimde gerçekleşti⁷⁵.

⁷² Aile ve özel mülkiyet ilişkisini ayrıntılı bir biçimde inceleyip değerlendiren bir eser için, bkz., Friedrich Engels, **Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni**. Çeviren: Kenan Somer (Onuncu Basım. Ankara: Sol Yayınları, 1992), s. 34-113.

⁷³ Challaye, **a.g.e.**, s. 23-24.

⁷⁴ Güriz, Mülkiyet, **a.g.e.**, s. 13-14; Challaye, **a.g.e.**, s. 26-27.

⁷⁵ Güriz, Mülkiyet, **a.g.e.**, s. 14.

3.1.3. Roma'da Mülkiyet

Romalıların, ilkel toplumların ortak mülkiyet anlayışına benzer bir mülkiyete sahip olup olmadıkları tartışmalıdır. Ancak Roma'da mülkiyetin gelişiminin, aile mülkiyetinden başlayarak ferdî mülkiyete doğru devam ettiği konusunda bir görüş ayrılığı yoktur⁷⁶.

Roma'da aile kavramına karşılık olarak “*familia*” terimi kullanılırdı. Ancak bu terimin biri geniş diğeri dar olmak üzere iki ayrı anlamı vardır⁷⁷. İster geniş anlamda olsun ister dar anlamda, evde babanın etrafında bulunan her şey onun eseri ve mülküydü. Baba egemenliği (*pater familias*) altında olan aile evlatlarının tüm kazanımları her şeyi ile babanı ve babanın mallarına katılırdı⁷⁸. Hatta *manus* yoluyla evlenen kadına, kocanın evlilik münasebetiyle artan ev masraflarına katılması için verilen *dos* eşyaların mülkiyeti de *pater familias* 'a ait olurdu⁷⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, *pater familias* aile mülkünü, aile için kullanırdı. *Pater familias*'ın ölümünden sonra aile mülkü, kadın hariç olmak üzere, aile evlatlarına geçerdi.

Ailenin yani baba egemenliği altındaki bireylerin ve Roma Devleti egemenliğine giren toprakların genişlemesi, özellikle toprakların ve taşınır malların paylaşımı sorununu ortaya çıkardı. Bununla birlikte ticaretin ve sanayinin gelişmesi, fertlerin zenginliğinin artması sonucunu doğurmuştur. Tüm bu gelişmeler ise Roma'da mülkiyet

⁷⁶ Villey, **a.g.e.**, s. 102; Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 417; Ali Fuad Başgil, **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri : Siyasi ve Sivil Hukuk Üzerinde Etütler** (İstanbul: Hak Kitabevi, 1946), s. 384-385.

⁷⁷ “Roma'da aile kavramının, *ius gentium* ve *ius civile*'ye göre farklı anlamları vardı. *Ius gentium*'a göre aile, kan hısımlığına dayanırdı ki bu esas günümüz çağdaş hukukları için de geçerlidir. BGB 1589., ZGB 17., ve MK. 18. maddelerine baktığımızda bunu görürüz. Kan hısımlığı (*cognatio*) cinsel ilişki ve doğumla meydana gelir. Burada, baba ile olan kan hısımlığı cinsel ilişki ile, anne ile olan kan hısımlığı doğum ile sağlanırdı. *Ius civile* ailesi ise *ius gentium*'a dayanan ailenin aksine kan hısımlığına değil, ev birliği esasında dayanırdı. Bu birliğin sonucunda oluşan hısımlık ise *agnatio* olup, aynı çatı altındaki Roma yurttaşları *agnatus* 'tur. Bu kişiler, aynı baba egemenliği (*patria potestas*) altındaydılar. *Agnatus* 'lar arasındaki bu birlik ve bağlılık ortak baba (*pater familias*) yaşadığı sürece devam ederdi. *Pater familias* öldüğü zaman erkeklerin sayısında birden çok aileye bölünürlerdi. Bu şekilde bölünen ancak *agnat* kalmaya devam eden ve bu nedenle, aynı soyadını taşıyan kimseler *gensleri* oluştururdu. *Ius civile* ailesi, Roma'nın en eski dönemlerinden beri karşımıza çıkardı. Geniş ve dar anlamda aileler, asıl olarak *ius civile* ailesi içinde değerlendirilirdi. Çünkü geniş anlamda aile, müşterek bir soydan gelen kimselerin oluşturduğu ve bu müşterek soyun *agnatio* sistemi ile tespit edildiği ailedir. *Pater familias*'ın ölümü neticesinde erkeklerin sayısında karşımıza çıkan birden çok ufak ailelerin her biri ise dar anlamda ailedir.” Kudret Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri-Aile Hukuku** (İkinci Basım. Ankara: AÜHF Yayınları, 1963), s. 1-2; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 80-85.

⁷⁸ Roberto Paribeni, **Roma Ailesi**. Çeviren: Şemseddin Talip (İstanbul: Ahmet İhsan Basımevi, 1935), s. 49-50.

⁷⁹ Paribeni, **a.g.e.**, s. 53; Ayiter, **a.g.e.**, s. 29-31.

konusunda kollektif mülkiyetin terk edilerek ferdî mülkiyetin asıl mülkiyet biçimi olmasına neden oldu. Bir başka ifade ile, Roma Devletinde, genişlemeye bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik, sosyal ve siyasi alanlardaki değişimler mülkiyet anlayışında ciddi değişikliklere sebep oldu. Ferdî mülkiyetin belirginlik kazanması ise ancak bu karışıklıkları anlaşma ile sonuçlandıran 12 Levha Kanunları⁸⁰ sonrasında mümkün oldu⁸¹.

Her ne kadar Roma'da mülkiyet yeknesak bir görünüm kazanmış olsa da buradan herkesin mülkiyete eşit olarak sahip olduğu gibi bir sonuç çıkarılamaz. Roma'da mülkiyetin dağılımındaki adaletsizlik özellikle ferdî mülkiyetle birlikte görülmeye başlamıştır⁸².

3.1.4. Orta Çağdan Günümüze Mülkiyet

Orta Çağa gelindiğinde, meydana gelen büyük savaşların yarattığı ekonomik ve sosyal sıkıntıların, bireylerin kendilerini güvence altına almak istemelerine neden olduğu görülür. Devlet otoritesi parçalanarak çeşitli siyasi güçler tarafından kullanıldı ve bu siyasi güçler giderek çoğaldı. Bu ortamda, güven ihtiyacını karşılamak için bireyler, o dönemde güçlü bir siyasi kesim olan ve senyör adı verilen toprak sahiplerine sığınarak, bu kişilere ve bunların topraklarına bağlı olarak yaşadılar. Bu şekilde bir yaşayış biçiminin yaygınlaşması ise Orta Çağ Avrupasına damgasını vuran feodal toprak düzeninin oluşmasına sebep oldu⁸³.

⁸⁰ Kanunlar hukuk sistemlerinin ortaya çıkmasıyla birlikte karşımıza çıkmazlar. Roma'da da aynı durum geçerli olmuştur. Roma hukukunun ilk ortaya çıktığı devirlerde örf ve âdet hukuku geçerli iken ciddi kanunlaştırma faaliyetleri görülmemiştir. M.Ö. 451-449 yılları arasında Roma hukukunun ilk ve en önemli kodifikasyonu olan 12 Levha Kanunları (*leges duodecim tabularum veya duodecim tabulae*) ile örf ve âdet hukuku yazılı hale getirildi. Bu kanunların ortaya çıkmasında, *patrici*'ler ve *pleb*'ler arasındaki sosyal, siyasi ve hukukî alanlardaki farkların yani bir anlamda eşitsizliklerin sebep olduğu mücadeleler etkili oldu. Halkın iradesiyle çeşitli kanunları incelemek için oluşturulan on kişilik özel bir hükümet (*decem viros*) Yunan şehirlerine gitti. On kişilik hükümet, on kanun yaptı ve bu kanunların kapsamını tüm halkın öğrenebilmesi için *Forum* meydanında fildişinden levhalara kazıttı. Sonraki yıl, iki kanun daha yapılmış karşımıza 12 Levha Kanunları çıktı. Bu kanunlarının en eski metinlerinin, Roma'nın Galyalılar tarafından yakıldığı zaman kaybolduğu söylenmektedir. Bununla birlikte, büyük çalışmalara sonucunda bu metinler büyük ölçüde bir araya getirildi. Villey, **a.g.e.**, s. 21-22; Schwarz, **a.g.e.**, s. 82-89; Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 76-77.

⁸¹ Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları** (Üçüncü Basım. İstanbul: Der Yayınları, 2001), s. 28; Başgil, **a.g.e.**, s. 381.

⁸² Güriz, Mülkiyet, **a.g.e.**, s. 28; Challaye, **a.g.e.**, s. 40.

⁸³ Güriz, Mülkiyet, **a.g.e.**, s. 71; Challaye, **a.g.e.**, s. 64-65.

Feodal toprak mülkiyetinin en önemli özelliklerinden biri toprağa birden çok kişinin sahip olmasıydı. Bu durum, toprak üzerinde kolektif mülkiyet ilişkisinin yaygın olduğunun bir göstergesiydi. Ancak, bu dönemde toprağa ortak bir biçimde malik olanların sayısı daha önceki dönemlere oranla çok daha az sayıda idi. Bu ise önceki dönemlerde karşımıza çıkan kolektif mülkiyet anlayışının farklılaştığının bir göstergesiydi. Orta Çağa egemen olan unsurların başında gelen kilisenin de uzunca bir dönem kolektif mülkiyetin savunuculuğunu yaptığını görürüz⁸⁴. XIII. yüzyılın ortalarında, ortaya çıkan bazı teorilerin sonucu olarak kilise, ferdî mülkiyeti benimsemişti⁸⁵.

Daha sonra ortaya çıkan gelişmelerin ferdî mülkiyetin kesin çizgilerle belirginlik kazanmasına ve giderek yaygınlaşmasına sebep olduğu görülür. Bu gelişmeler, sömürgecilik faaliyetleri ile başlayan kapitalizmin, günümüzde bir çok devlet tarafından benimsenmiş bir ekonomik model olarak karşımıza çıkmasına yol açmıştır. Gerçekten de, hammadde arayışı içinde olan ülkeler, gelişen teknolojilerin sonucu ortaya çıkan yeni buluşlarla ve genişleyen deniz ticareti faaliyetleri sonucunda benimsedikleri sömürgeci politikalarla, özellikle taşınır malların tüketiminin ve paranın ticari hayattaki öneminin giderek artmasına yol açtılar. Tüm bunların sonucunda, taşınır mal mülkiyeti ferdî anlamda yaygınlaştı.

3.2. Bir Hak Olarak Roma Hukukunda Mülkiyet

Görülmektedir ki mülkiyetin gelişimi, kanunların eseri ve bunların keyfiyetine bağlı değildir. Mülkiyetin gelişimi, ata, aile ve din gibi kültürlere ve toplumların siyasi yapılarındaki değişimlere, kısacası sosyolojik bazı etkenlere bağlıydı⁸⁶. Roma mülkiyeti, tüm bu etkenlere bağlı olarak gelişme gösterdiği için, çağdaş hukuk sistemlerinde görülen mülkiyet hukukunun ortaya çıkışına ve bu hukuk sistemlerinde

⁸⁴ Challaye, **a.g.e.**, s. 69-70.

⁸⁵ Kilisenin ferdî mülkiyeti benimsemesinde Akuinolu Thomas'ın (1226-1274) düşünceleri etkili olmuştur. Akuinolu Thomas'ın düşüncesi, "Hakiki hakim tanrıdır. Kişisel mülkiyet zenginliklerden istifade edebilmesi için tanrı tarafından insanlara verilen bir kuvvettir. Bu şartlar altında insanın tanrı tarafından yaratılmış olan malları kullanmaya hakkı vardır." şeklindedir. Kilisenin reform sayılabilecek nitelikteki bu düşünce değişikliği hakkında daha ayrıntılı bilgi ve çeşitli düşünürlerin görüşleri için, bkz., Challaye, **a.g.e.**, s. 72; Güriz, Mülkiyet, **a.g.e.**, s. 79-106.

⁸⁶ Başgil, **a.g.e.**, s. 380.

mülkiyetin göstereceği olası gelişmelere de ışık tutacaktır. Bu nedenle Roma hukuku mülkiyeti, özellikle sübjektif anlamda, oldukça önem taşımaktadır.

Yukarıda tarihsel gelişimi incelenen mülkiyetin, bir hak olarak karşımıza ne şekilde çıkacağını incelemeye önce dikkat edilmesi gereken nokta, mülkiyet kelimesinin birbirinden farklı iki durumu ifade etmekte kullanıldığıdır. Hak ve hukuk kavramlarını incelenirken ortaya konulan objektif ve sübjektif ayrım noktası⁸⁷, mülkiyet kavramı için de kullanılmaktadır. Objektif anlamda mülkiyet, hukukî bir kurum iken sübjektif anlamda mülkiyet, hukukî bir iktidar ve yetkidir⁸⁸.

Roma kaynakları mülkiyetin tam bir tanımını vermezler⁸⁹. Bununla birlikte Roma hukukunda mülkiyeti ifade etmek için *mancipium*, *dominium* ve *proprietates* kelimeleri kullanılırdı. En geniş anlamıyla mülkiyet bir hak, iktidar ve kudret olarak *mancipium* kavramı ile ifade edilirdi. Mülkiyetin bir hukuk kavramı olarak ortaya çıkması ise M.Ö. V. yüzyıl ve sonrasında görüldü. Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren mülkiyeti ifade etmek için kullanılan *mancipium* tamamen yok oldu ve bunun yerini *dominium* ve *proprietates* kavramları almaya başladı⁹⁰.

Dominium, bir kimsenin, kendisine ait maddî mallar üzerinde icra ettiği hakimiyeti gösteren bir kelimedir⁹¹. Görülmektedir ki *dominium*, *mancipium*'a göre daha dar anlamda mülkiyeti ifade eder. Çünkü *dominium*'un ifade ettiği hakimiyet maddî mallarla sınırlı idi. *Proprietates* ise mülkiyeti çeşitli biçimlerde ifade ederdi. Bu kelime de her şeyden önce bir mal üzerindeki hakimiyeti ifade ederdi. Aynı zamanda Klasik hukuk dönemindeki zilyetliğin karşılığı olarak mülkiyeti, intifa hakkı (*ususfructus*) karşılığı olarak çıplak mülkiyeti (*nuda proprietates*) ve Iustinianus döneminde ferdî mülkiyete konu olabilecek bütün mallar üzerindeki tam mülkiyet hakkını gösterirdi⁹².

⁸⁷ Bkz., yuk. Bölüm 1.1.1.

⁸⁸ Başgil, **a.g.e.**, 378-379.

⁸⁹ Nicholas, **a.g.e.**, s. 154.

⁹⁰ Villey, **a.g.e.**, s. 103-105; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 8-10; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 60; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 243.

⁹¹ Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 60.

⁹² Aynı, s. 173.

Gai. 2.30. :

“Dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat”

Gai. 2.30. :

“Malik, *magistra* önünde intifa hakkını üçüncü kişiye devredebilir. Bunun sonucu o intifa hakkının sahibi olur, kendisi kuru mülkiyeti saklar.”

Gai. 2.88. :

“...non solum autem proprietas per eos quos in protestate habemus acquiritur nobis, sed etiam possessio; cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur, unde etiam per eos usucapio procedit.”

Gai. 2.88. :

“...mülkiyeti, sadece hakimiyetimiz altında bulunanlar aracılığıyla değil, zilyetlikle de kazanırız. Bir şeyin zilyetliğini elde ettikleri zaman, biz zilyet olmuş oluruz. Bu nedenle, onlar aracılığıyla kazandırıcı zamanaşımından faydalanırız.”

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşılacağı gibi, Roma hukuku kaynaklarında, mülkiyetin hak olarak tam bir tanımı ile karşılaşılmazdı. Roma hukukunda, mülkiyeti ifade eden farklı kelimeler kullanılmış olsa da bunların tam olarak mülkiyeti bir hak olarak ifade ettiği söylenemezdi. Mülkiyet hakkının merkezinde yer alan kavram aynî dava idi⁹³. Roma hukukunda bilinen haklar, kendilerini koruyan davalar sonucunda ortaya çıkardı ve bu nedenle, hak olarak mülkiyetin tanımına yer verilmediği söylenebilir. Mülkiyetin bir hak olarak tanımlanması Orta Çağdan itibaren, Orta Çağ hukukçularının *Corpus Iuris Civilis*

⁹³ Miller, a.g.m., s. 43.

metinlerini dayanak alması ile söz konusu olabildi⁹⁴. Bu tanımlarda, mülkiyetin sahibine sağladığı başlıca iki yetkinin, kullanma ve yararlanma yetkilerinin (*usus ve fructus*) yanına, üçüncü bir yetki daha yani tasarrufta bulunma yetkisi (*abusus veya ius utendi fruendi abutendi*) eklendi⁹⁵. Eski Roma hukukunda ise mülkiyet, sınırları çizilmemiş, belirsiz, sınırlı aynî hakları da kapsayan, bir malı fiilen hakimiyette bulundurmaya sağlayan en üstün hak olarak düşünülürdü⁹⁶.

3.3. Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Niteliği

Eşya üzerinde en geniş hakimiyet ilişkisini yaratan bir aynî hak olarak karşımıza çıkan mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamı çok geniş veya dar tutulmuş olabilir. Bu tercih, toplumların benimsedikleri hukuk düzenleri tarafından belirlenir⁹⁷. Her yerde ve her zaman aynı niteliğe sahip olan mülkiyet hakkından söz edilemez. Çünkü mülkiyet sadece hukukî bir kavram olmayıp, aynı zamanda iktisadi, sosyal ve ahlaki yönleri de olan bir kavramdır⁹⁸.

Günümüzde mülkiyet hakkının niteliğinin asıl belirleyicileri Anayasa ve Kanunlardır. Ancak Roma hukukunda bu belirleyicilerin yokluğu, Roma mülkiyetinin niteliğinin kesin olarak belirlenememesine neden olurdu. Bu nedenle Roma mülkiyetinin niteliği konusundaki tartışmalar günümüzde de yapılmaktadır. Zaten, Roma hukukunda mülkiyet hakkının tanımının verilememesinin, mülkiyetin niteliğinin tam olarak belirlenememesinden kaynaklandığı söylenebilir.

Roma mülkiyetinin niteliği ile ilgili tartışmalar, özellikle Roma mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olup olmadığı konusunda yapılmaktadır. Roma hukuku mülkiyetinin çağdaş hukuk sistemlerini etkilediği düşünüldüğünde bu hakkın mutlak ve sınırsız olup olmadığını belirlemek çağdaş hukuk sistemlerinin mülkiyet konusundaki anlayışlarını

⁹⁴ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 243; Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 415-416.

⁹⁵ Nicholas, **a.g.e.**, s. 154.

⁹⁶ Belgin Erdoğan, **Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana In Rem** (İstanbul: Acar Matbaacılık, 1984), s. 5.

⁹⁷ Mülkiyetin hakkının içerik ve kapsamının dar veya geniş tutulması aynı zamanda bir sosyal düzen anlayışı ile siyasi bir meseledir. Özellikle liberal ve sosyalist toplumların mülkiyet rejimlerinde, mülkiyetin içerik ve kapsamının dar veya geniş tutulduğu görülmektedir. Jale Akipek, "Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme," **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt no V, Sayı no I: 1-15, (1969), s. 1-2.

⁹⁸ Eren, **a.g.m.**, s. 766.

kavramamıza yardımcı olacaktır. Bu konudaki tartışmalar, Roma mülkiyetinin niteliğini tam olarak belirlenmesini engellemektedir.

3.3.1. Roma Mülkiyetinin Mutlak ve Sınırsız Olduğu Görüşü

Günümüzde yaygın bir biçimde Roma mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olduğu ileri sürülmektedir. Bu iddiaların ortaya çıkmasının en önemli nedeni çağdaş hukuk sistemlerinde Roma mülkiyetinin belirli bir dönemde uygulanan şeklinin esas alınmasıdır⁹⁹.

Roma mülkiyetinin mutlaklığını savunanların görüşlerini en genel biçimde, sonradan ortaya çıkan sınırlama nedenlerinin mülkiyetin mutlak ve sınırsız niteliğine etki edemeyeceği ve bunun mülkiyetin elastikî olmasından kaynaklandığı şeklinde belirtilebilir¹⁰⁰. Bu görüşlerden etkilenen Türk hukukçuları da eşya üzerinde sahibine tam bir yetki sağlayan Roma hukuku mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olduğundan söz ederler¹⁰¹. Çünkü hukukumuzda, mülkiyet hakkının eşya üzerinde en mutlak ve sınırsız yetkiler sağlayan bir hak olarak tanımlanması, Roma mülkiyetinin etkisi ile olmuştur¹⁰². Bugün çok sayıda olan kanunî sınırlamaların mülkiyet hakkının niteliğinde bir değişiklik yaptığı iddia edilemez. Hukukumuzda, Medeni Kanun'da ve Anayasa'da mülkiyet hakkının sahibine sağladığı tasarruf ve egemenlik haklarını sağladığının belirtilmiş olması (MK. m. 683 ve AY. m. 36), bu hakkın niteliğinin mutlak ve tekelci olduğunu göstermektedir¹⁰³. Hatta, Roma mülkiyetinin sınırsız olduğu bir Anayasa Mahkemesi kararında da yer almaktadır¹⁰⁴.

Eski Roma mülkiyetinin sınırlamalara tabi olmaması bu hakkın, mutlak ve sınırsız olduğu anlamına gelebilir. Ancak, Roma mülkiyeti sadece bu dönemde ortaya

⁹⁹ Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 151-152.

¹⁰⁰ Bu görüşler için, bkz., Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 53-151; Özcan Karadeniz, **Roma'da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı** (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), s. 27-45.

¹⁰¹ Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku** (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), s. 78; Başgil, **a.g.e.**, s. 388; Güriz, **Mülkiyet**, **a.g.e.**, s. 32; Jale Akipek, **Türk Eşya Hukuku- Aynî haklar** (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971), s. 4; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 146-147.

¹⁰² Akipek, **a.g.m.**, s. 3.

¹⁰³ Ayiter, Eşya, **a.g.e.**, s. 78 ve 80.

¹⁰⁴ "Anayasa'nın 36. maddesinin gerekçesinde,....artık mülkiyet hakkı, Roma hukukundaki anlamda, ferdın toplum menfaatini dahi hesaba katmaksızın istediği gibi kullanabileceği bir hak, hudutsuz bir hürriyet niteliği taşımamaktadır....", **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, Sayı No:8 (1971), s. 225-229.

çıkan ve sadece bu dönemde var olmuş bir hak değildir. Roma mülkiyeti yukarıda açıklandığı gibi¹⁰⁵ sosyal, ekonomik ve siyasal bazı nedenlerle kollektif mülkiyetten ferdî mülkiyete doğru bir süreç yaşadı. Bu nedenle, Roma mülkiyetinin her dönem aynı şekilde kaldığı söylenemez. Tüm bu değişimlerin sonucu olarak Eski Roma'da görülmeyen sınırlamalar karşımıza çıktı ve bu sınırlamaların başlangıçta az iken daha sonraları giderek arttığı görüldü. Roma mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olup olmadığı şeklindeki görüş ayrılıkları da bu gelişmelere bağlı olarak ortaya çıktı.

3.3.2. Roma Mülkiyetinin Mutlak ve Sınırsız Olmadığı Görüşü

Bir görüş, mülkiyetin elastikîyetini şu şekilde açıklar; “Mülkiyetin üzerindeki sınırlamalar kalktığı zaman aslî kapsamına döner. Mülkiyeti bu özelliğinden dolayı elastikî bir top ile karşılaştırılabilir. Bu nedenle dışarıdan gelen etkiler ortadan kalktığında top hemen eski halini alacaktır. Bir dış etken topun şeklini değiştirebilir ancak topun maddesinde bir eksiltmeye neden olmaz. Mantıksal olarak kusursuz ve açık olan bu durumun mülkiyetin gelişimine uygun değildir.” Bu nedenle bu görüş, mülkiyetin mutlak ve sınırsız olduğunu savunanların karşısında yer alır¹⁰⁶. Mülkiyet, elastikî bir kavram olduğu için mutlak hakimiyetin devam ettiği ileri sürülse de, mülkiyetin mutlak olup olmadığı belirlenirken elastikî olduğundan hareket edilmemelidir¹⁰⁷.

Bir diğer görüş ise, Roma mülkiyetinin, mutlak ve sınırsız olduğunu kabul edenlerin gerçekte var olmayan temellere dayandığını ve bu temellerin de Roma'da var olmayan tanımlardan ortaya çıktığını belirtir. Roma hukuku kaynaklarında yer almayan mülkiyetin tanımının ve malikin sahip olduğu hakların, Orta Çağ hukukçuları tarafından ortaya konulduğunu, bu nedenle Roma mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olduğunu savunanların tamamen varsayımlardan hareket ettiklerini belirtir¹⁰⁸. Roma mülkiyetinde belirli bir dönemin veya gerçekte varolmayan varsayımların yerine Roma mülkiyetinin gelişim yönünün ve geçirdiği değişimlerin dikkate alınması gerekir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Bkz., yuk. Bölüm 1.3.1.3.

¹⁰⁶ Ziya Umur, **Roma Hukuku-Eşya Hukuku (Aynî haklar)** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983), s. 20; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁰⁷ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 113; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁰⁸ Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 163-165.

¹⁰⁹ Aynı, s. 166.

Benzer düşüncelerden hareket eden bir başka görüşe göre, “Madem ki en yeni araştırmalar *Quirites* hukukuna ait arkaik unsurların, hukukçularının eserlerinde genellikle mevcut olmakla birlikte, daha çok Roma hukuk ilmi tarafından tekamül ettirilmiş olan sistemde sadece nazarı bir kıymetleri olduğunu, veyahut, olsa olsa mutlak bir kıymet değil de giderek daha çok artmış olan tahditlerle eksilmiş bir kıymet muhafaza ettiklerini meydana çıkarmıştır”¹¹⁰.

Roma mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olmadığı konusunda farklı bir yaklaşıma sahip bir diğer görüş ise, toplumsal bir kurum olan mülkiyetin, toplumla birlikte sürekli bir değişim ve gelişim içinde bulunduğunu ve bu nedenle mülkiyetin, her toplumda esnek bir kavram olarak karşımıza çıktığını ve kapsamı ve genişliğinin her yerde ve her zaman aynı ve değişmez olmadığını belirtir¹¹¹. Çünkü, mülkiyetin sınırlandırılması toplumsal yaşamın bir zorunluluğudur ve Roma hukukçuları tarafından Roma mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olduğu görüşleri, Orta Çağdan bu yana Roma mülkiyeti üzerinde yapılmış araştırmaların sonuçlarının yeterince değerlendirilmediğini göstermektedir¹¹². Roma mülkiyeti, işlev ve nitelikleri gereği üzerinde en eski dönemlerden beri bilimsel araştırmaların yapıldığı önemli bir konudur. Bu araştırmalarda Roma mülkiyetinin mutlak, sınırsız ve vazgeçilmez bir egemenlik hakkı olduğu şeklindeki yanlış değerlendirmeler kaynaklardaki ifadelerin yanlış yorumlanmasının bir sonucudur. Çünkü Roma’da mülkiyet özellikle kamu yararı düşüncesiyle kısıtlanabilen, katı ve değişmez bir egemenlik hakkı değildir¹¹³. Roma’da M.S. 181 yılından sonra devlet organları tarafından özel mülkiyete müdahaleler mümkün olabildi. Bu müdahaleler bazen belli hukuk kurallarına dahi dayanmazdı. Devlet organlarının özellikle kamu yararı düşüncesiyle özel mülkiyete yaptığı bu sınırlamalar, Roma mülkiyetinin sınırsız olmadığını bir göstergesidir¹¹⁴.

Kanımızca Roma mülkiyetinin mutlak ve sınırsız olmadığı yönündeki bu görüşler daha makul ve gerçekçidir. Çünkü, her ne kadar özel mülkiyet bireyler için

¹¹⁰ Salvatore Riccobono, “Roma Doktrininde Hakkın Suistimali Nazariyesi,” Çeviren: Ziya Umur **İÜHFİM**, Cilt no 22, Sayı no 1-4: 350-397, (1957), s. 359

¹¹¹ Özcan Karadeniz Çelebican, “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı ve Bu Nedenle Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu,” **BATIDER**, Cilt no 13, Sayı no 3-4: 157-184, (1986), s. 157-158.

¹¹² Karadeniz-Çelebican, Mülkiyet, **a.g.m.**, s. 163.

¹¹³ **Aynı**, s. 165-166.

¹¹⁴ Karadeniz, Kamu Yararı, **a.g.e.**, s. 27-28.

vazgeçilmez nitelikte olsa da, mülkiyetin sınırsız olduğunu ileri sürmek, bu hakkın sahibine sağladığı hak ve yetkilerin kapsamının sınırsız olduğunu kabul etmemize neden olacaktır. Bu nedenle, mülkiyetin sınırlandırılması çağdaş hukuk sistemlerinde bir zorunluluk olarak görülmektedir. Diğer taraftan, ister Roma’da olsun ister başka hukuk sistemlerinde, mülkiyetin özünde sınırlanabilirlik vardır. Bu nedenle, Roma mülkiyeti konusunda belirli bir dönemin esas alınarak, Roma mülkiyetinin sınırsız ve mutlak olduğunu söylemek ve hatta bunu günümüze kadar götürmek doğru değildir.

3.4. *Quirites (Ius Civile) Hukukuna Göre Mülkiyet*

Roma hukukunda mülkiyet *ius civile*’ye ait bir kurumdur. *Dominium ex iure quiritum* yani *Quirites* hukukuna göre mülkiyet ise eski devirlerde Romalıların mülkiyet anlayışını ifade etmek için kullanılan tabirdir¹¹⁵. *Ius quiritium*, örf ve âdetlerin sonuncuda yalnız Roma şehri vatandaşlarına yönelik olarak oluşturulan, Roma hukukunun en eski kısmı ve *ius civile*’nin en eski ismidir¹¹⁶. *Quirites* hukukunun katı ve şekilci olan bu mülkiyet anlayışında bir kimse bir malın ya malikidir yada maliki değildir¹¹⁷.

Önceleri Roma’da yalnız bir tip mülkiyet vardı ve bu kısaca *Quirites* mülkiyeti olarak adlandırılırdı. Ancak Klasik hukuk döneminde yerleşmiş olan bu mülkiyetten söz edilebilmesi için belirli durum ve şartların gerçekleşmiş olması gerekirdi. Bu şart ve durumlara uygun olmayanlar için mülkiyetin kazanılmasından söz edilemeyeceğinden, zamanla mülkiyetin yeni biçimleri ortaya çıktı. Bununla birlikte eski Roma’ da mülkiyetin tek bir kavram olup olmadığı da tartışmalıdır. Çünkü *Quirites* hukukuna göre malik olamayan ancak *in bonis habere* yani malları arasında bulundurma ve *in bonis esse* yani malları arasında olma gibi fiilî durumların içinde bulunanlara *preator*’lar bazı *actio ve exceptio*’ lar (def’iler) aracılığıyla koruma sağlamışlardır ve bu

¹¹⁵ Schwarz, **a.g.e.**, s. 133; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 115; Honig, **a.g.e.**, s. 313; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 27; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 21.

¹¹⁶ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 245, dn. 3; Umur, Lügat, **a.g.e.**, 104; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 147; Berki, **a.g.e.**, s. 217.

¹¹⁷ Nicholas, **a.g.e.**, s. 127.

durum *Quirites* mülkiyetin yanında buna eş bir hukukî durumun ortaya çıkmasına neden oldu¹¹⁸. Bu durum Roma hukuku kaynaklarından Gaius'un eserinde ifade edilmektedir.

Gai. 2.40. :

“*Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium, nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: ait enim ex iure Quiritium unusquisdominus erat, aut non intellegebatur dominus; sed postea divisionem accepit dominium, ut aliud possit esse ex iure Quiritium dominus, alius bonis habere.*”

Gai. 2.40. :

“Şimdi şu nokta üzerine dikkat çekmek gerekir ki, yabancılarda tek bir mülkiyet vardır. Bu şekilde, bir kimse ya maliktir veya malik olarak kabul edilmemektedir. Bir zamanlar, aynı hukuk, Roma halkı için de geçerliydi, ya *Quirites* hukukuna göre malik olunurdu yada olunmadığı kabul edilirdi. Fakat sonradan mülkiyetin ayrıldığı kabul edildi. Böylelikle, bir kimse *Quirites* hukukuna göre bir malın maliki iken diğer bir kimse aynı malı kendi malları arasında bulundurabilir.”

Bu durumun ortaya çıkardığı sonuç aynı mal üzerinde birden fazla mülkiyetin yani çifte mülkiyetin (*duplex dominium*) söz konusu olabileceğiydi¹¹⁹. Bunun dışında zamanla alt mülkiyet tipleri oluşturuldu. Bunlar *ius gentium* mülkiyeti, *ius honorarium* mülkiyeti ve Eyalet mülkiyeti olmak üzere üç tanedir. Iustinianus döneminde bunların arasındaki farklar ortadan kalktı ve tek bir mülkiyet tipi karşımıza çıktı.

¹¹⁸ Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 30-33; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 137; Schwarz, **a.g.e.**, s. 128; Berki, **a.g.e.**, s. 217; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 117-118; Honig, **a.g.e.**, s. 316.

¹¹⁹ Gai. 1.54.

Ancak, konumuz açısından önem taşıyan, *Quirites* mülkiyetidir. Çünkü ileride de belirtileceği gibi¹²⁰, *rei vindicatio*, *Quirites* mülkiyetini yani *ius civile* mülkiyetini korumak için tanınmış bir davaydı. Bu nedenle, bu başlık altında Roma hukukunun mülkiyet biçimlerinden yalnızca *Quirites* mülkiyetinin özellikleri ve şartları kısaca belirtilecektir.

Quirites hukukuna göre mülkiyetin sahibi, yalnızca Roma vatandaşları ve kısıtlı olarakta *Latinus* 'lar olabilirdi¹²¹. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi¹²² hak ehliyetine sahip olabilmenin şartlarından birisi de Roma vatandaşı olmaktı. Zaten *quirites*, vatandaş anlamında kullanılan bir kelimedir. Yabancılardan ise ancak *ius commercium*'u¹²³ olanlar *dominium ex quiritium*'a sahip olabilirdi¹²⁴. *Quirites* hukukuna göre mülkiyetin sahibi olabileceklerin yalnızca Roma vatandaşları ve yabancılardan *ius commercium*'u olanlarla sınırlandırılması, mülkiyetin uygulama alanını kısıtlamaktaydı¹²⁵. Ancak M.S. 212 yılında imparator Caracalla'nın emirnamesi ile Roma İmparatorluğu sınırları içinde bulunan herkese yurttaşlık tanınca *Quirites* mülkiyetinin uygulama alanı genişledi¹²⁶.

Quirites mülkiyetinin konusunu tüm taşınır mallar ile taşınmaz mallardan yalnızca İtalya arazisi üzerinde olanlar oluştururdu. Ayrıca hukukî durumları İtalya arazisine benzetilen eyalet toprakları da bu mülkiyetin konusunu oluşturabilirdi. Yalnızca bu malların mülk olmaya elverişli oldukları kabul edilirdi¹²⁷. Yani *res mancipi*

¹²⁰ Bkz., aşa. Bölüm 2.2.1.

¹²¹ A. Nadi Günel ve Erkan Küçükgüngör, **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları** (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998), s. 58; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 27; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 96; Honig, **a.g.e.**, s. 316; Berki, **a.g.e.**, s. 217.

¹²² Bkz., yuk. Bölüm 1.2.2.

¹²³ Roma hukuku en eski dönemlerinde dışa kapalı bir politika izlemişti. Ancak genişlemeye bağlı olarak kapalı politikalarından uzaklaşmış ve ticari ilişkiler içine girmiştir. Ticari ilişki içinde olan taraflardan biri yurttaş olmadığı zaman *ius civile*'nin yurttaş-yabancı ayırımının bir sonucu olarak, yabancılara âdil haklar ve koruma sağlanamıyordu. Yurttaşlara uygulananların yabancılara da uygulanması *commercium vey a ius commercii* ile mümkün olmuştur. *Commercium vey a ius commercii*, iki kişi arasında bir mal üzerinde alım satım yapabilme ve daha genel olarak, *ius civile* kurallarına uygun şekilde bilhassa *mancipatio* işlemini yaparak bir malı temlik ve iktisap etme ehliyetidir. Günümüzde ise daha çok ticaret anlamına gelmektedir. Bu kısaca alışveriş hayatına katılma ehliyeti olarakta ifade edebilir. Luigi Capogrossi Colognesi, "Roma Egemenliği, Yurttaşlık ve Kölelik," Çeviren: Özcan Çelebican, **AÜHFD**, Cilt no 43, Sayı no 1-4: 299-312, (1993), s. 299-301; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 41.; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 116; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 96; Schwarz, **a.g.e.**, s. 134.

¹²⁴ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 116; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 21.

¹²⁵ Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 22.

¹²⁶ Honig, **a.g.e.**, s. 317; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 118.

¹²⁷ Günel/Küçükgüngör, **a.g.e.**, s. 58; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 116-117; Berki, **a.g.e.**, s. 217.

ve *res nec mancipi* ayrımında *ius civile*'ye göre *res mancipi* olan ve *res nec mancipi*'lerden yalnızca taşınır olanlar üzerinde mülkiyet söz konusu olabilirdi¹²⁸.

Quirites mülkiyetinin bir diğer önemli ve eksikliği *rei vindicatio* davasının karşımıza çıkmasına sebep olan başlıca özelliği, yalnızca *ius quiritium* yani *ius civile*'nin geçerli saydığı kazanım yolları ile elde edilebilmesiydi. Buna göre, mülkiyetin aslen ve devren kazanılması yollarından her hangi biri ile *Quirites* mülkiyetinin kazanılması da mümkün olabilirdi. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, *Quirites* mülkiyetinden söz edebilmek için yukarıdaki şartların birlikte gerçekleşmiş olmasının gerekli olduğudur. Buna göre *Quirites* mülkiyetine konu olabilecek tüm *res mancipi* mallara ve *res nec mancipi*'lerden yalnızca taşınır olan mallara malik olabilecek ve böylelikle o malla ilgili tasarruflarda bulunabilecekler, Roma vatandaşları veya yabancı ise ancak *ius commercium*'u olan kimseler olması gerekirdi. Bu şartlar birlikte değerlendirildiğinde *res mancipi*'ler mülkiyetin devren kazanılması yollarından olan *mancipatio* ve *in iure cessio* ile devredilebileceğinden bunun dışında yapılan bir devir işlemi ile *Quirites* mülkiyeti devredilmiş sayılmazdı¹²⁹.

¹²⁸ Bu ayrım, *rei vindicatio*'ya konu olabilecek malları incelerken daha ayrıntılı bir biçimde incelenecektir. Bkz., aşağı. Bölüm 3.2.2.1.

¹²⁹ Bu konu aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde incelenecektir. Bkz., aşağı. Bölüm 3.2.2.3. Günal/Küçükgüngör, **a.g.e.**, s. 58; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 245; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 136-137.

İKİNCİ BÖLÜM

REI VINDICATIO'NUN ROMA USUL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

1. ROMA USUL HUKUKUNUN ANA HATLARI

Hak kavramının¹³⁰ ortaya konulmasından çok önem taşıyan konu, hakkın korunmasıdır. Hak, bireylerin hukuk düzeni tarafından teminat altına yararları ise, hukuk düzeni bu teminatı çeşitli hukuksal yollarla sağlamalıdır. Bu nedenle hakların maruz kaldığı her türlü saldırıya karşı korunmaları hukuk düzenin sağladığı güvencelerin başında gelir. Zaten korunmaması gibi bir durum karşısında hakların, gerek bireyler gerekse de hukuk düzenleri için bir anlamı ve önemi kalmayacaktır.

Hukuksal koruma yollarının başında, dava yolu ile koruma gelir. Gerçektende, günümüzde hakkın korunmasından söz edildiğinde akla gelen ilk hukuksal yol, davadır. Romalılar, hak kavramına olduğu kadar hakkın korunmasına da gereken önemi yeteri derecede vermişlerdi. Romalılar, *ius* dedikleri hak kavramı ile *actio* dedikleri dava arasındaki ilişkide, *actio*'yu bir hakmış gibi düşünerek bu kavramla bütünleştirmiş olmaları ve metinlerden de anlaşıldığı gibi hemen hemen her hak için ayrı bir dava yolu getirmiş olmaları bu konuya verdikleri önemin bir göstergesidir. Yine Roma hukukunda, bir hakkın dava edilebilmesinin, o hakkın sahibine dava hakkı tanınmasına bağlı olması da *ius* ve *actio* arasındaki sıkı ilişkiyi ortaya koymaktadır¹³¹.

Quirites hukukunun ana prensiplerinin toplandığı 12 Levha Kanunları, usul hukuku ile başlar. 12 Levha Kanunlarının ilk hükümlerinde mahkemeye davetten söz edilir¹³². Yine Gaius'un *Instituones*'inin dördüncü kitabında, Roma usul hukukuna açıklamalar getirildiği görülür.

¹³⁰ Yukarıda *actio*, *ius* ile ilişkilendirerek incelendi. Burada ise *actio*'yu usule ilişkin bir kavram olarak ele alıp incelemek suretiyle *rei vindicatio*'nun Roma usul hukukunu ilgilendiren kısımları açıklanmaya çalışılacaktır. Bkz., yuk. Bölüm 1.2.

¹³¹ Mişon Ventura, **Roma Hukuku-Cilt I (Giriş, Roma Hukuku Dış Tarihi ve Usul)** (İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası, 1934), s. 140.

¹³² 12 Levha Kanunlarının ilk hükümlerinden birisi "*Si in ius vocat, ito*" yani "Seni çağırırsa git" şeklindedir. Yani, davacı taraf karşı tarafı *magistra* önüne çağırırsa, davet edilen gelmek zorundadır. Schwarz, a.g.e., s. 91.

Usul kavramının Latince karşılığı, *procedere*'den (yani bir usul dahilinde faaliyette bulunmak) gelen *processus* kelimesidir¹³³. En genel anlamda medeni usul hukukundan maksat bir hakkın korunmasına yönelik yargılama faaliyetleridir. Roma hukukunda dar anlamda usul hukukuna, *ius actionem* (dava hukuku) denirdi. Bunun temel nedeni, Roma hukukunda hemen hemen her hakka, bir dava yolunun karşılık gelmesidir¹³⁴. Geniş anlamda ise medeni usul hukuku, özel hukuk alanındaki yargılama faaliyetlerine ilişkin kuralları düzenleyen hukuktur. Bu nedenle medeni usul hukukunu, maddî hukuktan ayırırız. Çünkü usul hukuku, maddî hukukun temini için gerekli kuralları olan hukuktur¹³⁵. Maddî hukukun gelişimi için usul hukuku kuralları oldukça önem taşır¹³⁶. Usul hukukunun bu geniş anlamının Roma usul hukukunda daha farklı şekilde karşımıza çıktığını görürüz. Çünkü Roma hukukunda, maddî hukuk ve usul hukuku kuralları kesin çizgilerle ayrılmaksızın birlikte ele alınırdı. Bu durum, Romalıların hak (*ius*) ve dava (*actio*) arasındaki sıkı ilişkide *actio*'yu aynı zamanda bir *ius* olarak görmelerinin bir sonucudur¹³⁷.

Hakların korunması usulü, Roma hukukunda bireyin kendi hakkını korumasından devlet korumasına doğru bir gelişim izledi. *Actio* kavramı, hakkın birey tarafından korunmasının ortaya çıkardığı sakıncaların¹³⁸ giderilmesi bakımından önemli bir rol oynamıştır. *Actio*, devlet tarafından hakkın korunmasını sağlayan başlıca hukuksal yoldu ve bu nedenle, Roma usul hukukunun ana kavramını oluştururdu. *Actio*

¹³³ Ziya Umur, **Roma Hukuku-Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970), s. 186; Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, **Roma Usul Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), s. 6; Di Marzo, **a.g.e.**, s.101; Ventura, **a.g.e.**, s. 138; Metzger, **a.g.m.**, s. 208.

¹³⁴ Honig, **a.g.e.**, s. 59; Schwarz, **a.g.e.**, s. 283-284.

¹³⁵ Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 321.

¹³⁶ Alan Watson, **Ancient Law and Modern Understanding** (Athens-London: The University of Georgia Press, 1998), s. 91.

¹³⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 6, dn.7-8.

¹³⁸ “Her toplumun ilk ortaya çıkışında hakların korunması yolu olarak karşımıza çıkan “ihkakı hak” yani kişinin kendi hakkını kendisinin güç kullanarak koruması yolu, Roma'nın en eski devirlerinde karşımıza çıkardı. Ancak bu şekilde bir korumada, kullanılan gücün sınırlandırılması söz konusu değildi. Ayrıca bu şekilde bir koruma yolunda, çoğu zaman zarar ve bu zararın karşısında kullanılan güç arasında aşırı bir oransızlık görülürdü. Tüm bu nedenlerle, küçük grupların intikam amaçlı çatışmalar içine girdiği görülürdü. Aynı oransızlığa 12 Levha Kanunlarında da rastlamak mümkündür. Borcunu ifa etmeyen alacaklının borçlusu tarafından zincire vurulmasında, öldürülmesinde veyahut alacaklıların birden fazla olması durumunda borçlunun cesedinin birden fazla parçalara ayrılmasında bu oransızlığı görmek mümkündür. Bu nedenle hakkın bireyler tarafından bu şekilde korunamayacağı açıktır. Daha sonraki süreçte karşımıza tahkim usulleri yani ilk olarak ihtiyari tahkim daha sonra ise zorunlu tahkim usulü çıkar. Tahkim usullerinde ise hakemler devlet otoritesini temsil eden şahıslar değildi. Devletin bireylerin haklarını koruması ise son olarak karşımıza çıkar.” Buckland, **a.g.e.**, s. 606; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997), s. 29-31; Villey, **a.g.e.**, s. 26; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 268-272; Berki, **a.g.e.**, s. 59-61; Ventura, **a.g.e.**, s. 142-145.

kavramı ile birlikte karşımıza çıkan davacı ve davalı kavramları da bu noktada önem taşırdı. Çünkü bir davada, davanın ortaya çıkmasına neden olan iki taraf vardır. Bunlardan biri hakkının ihlal edildiğini ileri süren davacı taraf, yani *actor*, diğeri ise kendisine karşı hak ihlal ettiği ileri sürülen davalı taraf, yani *reus*’ tur¹³⁹.

Roma usul hukukunda ilk dikkati çeken, tek tip yargılama usulünün ve yargılama makamının bulunmamasıdır. Roma’da, zamanla değişen ihtiyaçlar karşısında farklı yargılama usulleri ve yargılama makamları karşımıza çıktı. Bu usullerden biri olan *Ordo Iudiciorum Privatorum* yani Özel Mahkemeler Sistemi, Roma hukukunun tanıdığı ilk yargılama usulüdür. Bu yargılama usulü kendi içinde, *legis actio* (yasal davalar) ve *formula* yargılaması olarak iki farklı şekilde karşımıza çıkardı. Bir diğeri yargılama usulü ise *Cognitio Extra Ordinem* denilen Sistem Dışı Yargılamadır.

Roma usul hukukunun geçirdiği gelişim aşamaları sonucunda, katı şekilcilik anlayışının yerini daha esnek kurallara bıraktığını, hakkın gereği gibi korunarak, adaletin daha âdil bir biçimde sağlanmasının zamana yayılarak sağlandığını söylemek mümkündür¹⁴⁰.

Roma usul hukukuna ilişkin belirtilmesi gereken bir diğeri önemli nokta, *praetor*’ların yargılama faaliyetlerinin yarattığı farklı uygulamalardır. *Ius civile*’nin dava hakkı tanımadığı bazı fiilî durumlarda yani bir hakkın söz konusu olmadığı durumlarda, *praetor*’lar ilgiliye dava hakkı tanıyabilirdi (*actionem dare*). Yine *praetor*’lar, *ius civile*’nin dava hakkı tanıdığı bazı durumlarda ilgiliye dava hakkı tanımayabilirdi (*actionem denegare*) veya tanımakla birlikte davalı aleyhine olabilecek bir mahkûmiyet kararını def’î tanıyarak önleyebilirdi¹⁴¹.

¹³⁹ “Bir dava da iki taraf vardır.” diye belirtildiğinde bunu tarafların sıfatları bakımından algılamak gerekir. Davacı veya davalı olabilecek kişilerin sayısı ise birden fazla olabilir. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 107; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 6; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 186; Schwarz, **a.g.e.**, s. 283.

¹⁴⁰ Erkan Küçükgüngör, “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat,” **Ali Bozer’e Armağan**, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998), s. 477.

¹⁴¹ Güven, **a.g.e.**, s. 6-7; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 186; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 267-268; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 7.

1.1. *Ordo Iudiciorum Privatorum* (Özel Mahkemeler Sistemi)

Roma hukukunun en eski dönemlerinden M.S. 342 yılına kadar geçerli olan bu yargılama usulünde devlet, iki taraf arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda tarafları hakeme yönlendirirdi. Roma usul hukukunun en eski dönemlerine damgasını vuran bu usulün en belirgin özelliği, sorunların hakem aracılığıyla çözülmesiydi¹⁴². Bu yargılama sisteminde devlet adına *magistra* görevlidir. Yani tarafları hakeme başvurmak için yönlendiren *magistra*'dır¹⁴³. Taraflar uyuşmazlık konusunda ve hakem konusunda uzlaştıkları zaman *magistra*'nın görevi son bulurdu. Bundan sonrası ise *iudex* denilen hakemler huzurunda görülürdü. Bu nedenle, bu yargılama usulünde devletin sınırlı bir rolü vardı. Bu sistemin, özel mahkemeler sistemi olarak adlandırılmasında etkili olan da bu özelliğiydi. Kısacası, özel mahkemeler sistemi biri *magistra* önünde diğeri ise hakem önünde görülen iki aşamadan oluşurdu. Bu aşamalardan biri olan davanın hazırlandığı *magistra* önündeki aşama *in iure*, diğeri ise iki tarafın seçtiği *iudex* (hakem veya hakim) önündeki aşama *in iudicio* veya *apud iudicem* aşamasıydı¹⁴⁴.

Magistra önünde, tarafların dinlenmesi ile dava koşulları ve davayı göreceк kişinin belirlenmesi söz konusu idi¹⁴⁵. *Litis contestatio* denilen davanın saptanması işleminden sonra dava, tarafların kararlaştırdıkları ve *magistra*'nın belirlediği özel kişilerin yani hakemlerin (*iudex*) önüne giderdi¹⁴⁶. Yargılamayı yapacak ve karar verecek olan bu hakemler devlet memuru değillerdi. Bunlar yüksek tabakadan, hür

¹⁴² Watson, **a.g.e.**, s. 91.

¹⁴³ “*Magistra*: Romanın çeşitli dönemlerinde, devletin başında bulunan büyük devlet adamlarına verilen isimdir. Özellikle, Krallık, Cumhuriyet ve Principatus dönemlerinde, devletin yönetiminde bulunan üç büyük organdan biridir. Krallık döneminin tek *magistra*'sı, rex idi. Cumhuriyet döneminde bulunan önemli *magistra*'lar ise, *imperium*'u olan *dictator*, *consul*, *praetor* ve *imperium*'u bulunmamakla birlikte, bunun yerine *potestas*'a sahip olan, *ensor*, *quaestor*, *aedilis eurulis* ile *pleb*'lerin *magistra*'ları olan *tribunus plebis* ve *aedilis plebis* idi. Bu çeşit *magistra*'ların siyasi,askeri ve yargısal alanlarda geniş yetkileri bulunmaktaydı. Principatus döneminde ise bu *magistra*'ların faaliyet alanları ve dolayısıyla yetkileri azaldı. Bunların da üstünde yeni bir *magistra*, *Princeps* ortaya çıkmıştır. Son imparatorluk döneminde, eski *magistra*'ların isimleri varlıklarını sürdürse de, önemleri kalmadı. Çünkü bu dönemde tek yetkili İmparatordu.” Roma hukukunda *magistra* kurumu ve gelişimi hakkında bkz., Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Usul Hukukunda Plus Petitio Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri** (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2004), s. 21, dn. 12; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 129; ViIley, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁴⁴ Buckland, **a.g.e.**, s. 614; Ventura, **a.g.e.**, s. 149-150; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 274; Honig, **a.g.e.**, s. 83-84; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 194-195; Schwarz, **a.g.e.**, s. 287-289; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 111; Tahiroğlu/Erdoğmuş, Usul, **a.g.e.**, s. 9-10.

¹⁴⁵ Metzger, **a.g.m.**, s. 212.

¹⁴⁶ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 286-287; Honig, **a.g.e.**, s. 83-84; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 194-195.

Roma vatandaşları olup, kendilerinden beklenen devletin etkisi altında kalmadan serbest iradeleri ile âdil bir karar vermeleri idi¹⁴⁷. *Magistra*'nın belirlediği şartlar dahilinde yargılama yapan bu hakemlerin verdikleri kararlar (*sentantio*) kesin hüküm niteliğinde olduğundan taraflar verilen karara uymak zorundaydı¹⁴⁸.

Özel mahkemeler sisteminin M.S. 342 yılına kadar kendi içinde farklı iki yargılama şeklinin karşımıza çıktığını görülür. Bunlardan ilki, M.Ö. 17 yılına kadar devam etmiş olan *legis actio* (yasal davalar) yargılaması, diğeri ise M.Ö. 17'den M.S. 342 yılına kadar geçerli olan *formula* yargılamasıdır.

1.1.1. *Legis Actio* (Yasal Davalar) Yargılaması

Yasal davalar yargılamasında beş çeşit dava kalıbı vardı ve davalar çok katı bir şekilcilik anlayışı içinde, hiçbir şekilde değiştirilemeyecek olan bu dava kalıplarından biri ile görülürdü¹⁴⁹. Roma hukukunun en eski yargılama usulü olan *legis actio* usulünün bu katı şekilcilik anlayışında etkili olan *ius civile* idi¹⁵⁰. Yasal davalar, örf ve âdet kuralları sonucunda şekillenen 12 Levha Kanunlarında karşımıza çıkardı. Yani bu dava şekillerinin oluşmasında etkili olan örf ve âdetlerdi¹⁵¹. Roma vatandaşlarının kendi aralarında karşılaştıkları, aynı çerçeve içine dahil edilen çeşitli uyuşmazlıklar, bu dava kalıplardan birisi içinde kabul edilirdi¹⁵².

¹⁴⁷ Metzger, **a.g.m.**, s. 213; Honig, **a.g.e.**, s. 84; Schwarz, **a.g.e.**, s. 288.

¹⁴⁸ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 274; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 195.

¹⁴⁹ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 111; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 195; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁵⁰ Gai. 4.11. : “*Actiones quas in usu ueteres habuerunt legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex xii tabularum, ex qua de uitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*” Gaius, verdiği bu örnekte, bir kimsenin bağ kütüklerinin kesilmiş olmasından dolayı açtığı davada *legis actio*'nun ifası sırasında kesilmiş ağaçlar ifadesi yerine kesilmiş kütüklerden bahsedecek olursa davayı kaybedeceğini, çünkü kanunun öngördüğü ifade kesilmiş kütükler değil kesilmiş ağaçlar şeklinde olduğunu belirtmektedir. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 112; Ventura, **a.g.e.**, s. 152; Schwarz, **a.g.e.**, s. 292-293; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 12.

¹⁵¹ “Örf ve âdet hukukunda, uygulayıcı olarak karşımıza Romalı rahip hukukçular çıkardı. Örf ve âdetin yarattığı merasimci şekillerin bekçisi konumunda olan rahip hukukçular, mevcut dava şekillerine tam olarak uyulmasını sağlamakla görevlilerdi.” Villey, **a.g.e.**, s. 19.

¹⁵² Buckland, **a.g.e.**, s. 611; Honig, **a.g.e.**, s. 86; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 327.

Gai. 4.12'de bu dava kalıpları belirtilmektedir¹⁵³. Bunlar *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per condicionem*, *legis actio per manus iniectioem* ve *legis actio per pignoris capionem*'dir. Gaius'un saydığı beş *legis actio*'nun ilk üçü uyumsuzluğun ve davacı ve davalı arasındaki haklı ve haksızın tespitine (bugünkü usul hukukuna), diğer ikisi ise davacının bizzat hakkını elde etmesine (bugünkü icra usulüne) yöneliktir¹⁵⁴.

Legis actio usulünde davada taraf olma ehliyetine sahip olabilecekler, özgür Roma vatandaşları idi. Kölelerin, aile evlatlarının¹⁵⁵ ve yedi yaşından küçüklerin dava ehliyetleri yoktu. 7-14 yaş arasında olanların ve akıl hastalarının dava ehliyetleri ise kısıtlanmıştı. Bunlara tayin edilen vasiler ve kayyımlar aracılığıyla davada temsil edildikleri görülürdü¹⁵⁶.

Bu şekilde davada aktif veya pasif bir şekilde taraf olabilecek kişiler *magistra* önündeki aşamada (*in iure*) hazır bulunmak zorundaydı. Bunu sağlayacak olan ise *in ius vocatio* denilen davacının davalıyı mahkemeye davet etmesiydi. 12 Levha Kanunlarının birinci levhasında *in ius vocatio*'ya dair hükümler yer almaktadır¹⁵⁷.

Litis contestatio'da esas olan, yapılan işlerin, hareketlerin ve söylenen sözlerin işlem sırasında bulunanların şahitliğinde tespit edilmesi idi. Böyle bir tespitten sonra

¹⁵³ Gai. 4.12. : “*Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per condicionem, per manus iniectioem, per pignoris capionem.*”

¹⁵⁴ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 283-284; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 210.

¹⁵⁵ Her ne kadar Roma aile hukukunda özellikle aile evlatları konusunda değişiklikler görülmüş olsa da genel bir şekilde usul hukuku alanında, aile üyeleri üzerindeki baba hakimiyeti mutlak kalmıştır. Willey, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁵⁶ Bu saydıklarımızı istisna olarak kabul edersek Roma hukukunda başkası lehine temsil yasağı vardı. D. 50.17.123 pr. : “*Nemo aliena nomine lege agere potest*” yani “Hiç kimse başkası lehine dava yürütemez.” Diğer istisnalar için bkz., I. 4.10 pr.; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 108; Ventura, **a.g.e.**, s. 155; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 278-279; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 214; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁵⁷ “1 - *Si in ius vocat, ito. Ni it antestaminp : legitur em capito. 2 - Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito. 3- Si moribus aevitasve vitium escit, (qui in ius vocabit) iumentum dato. si nolet arceram ne stemito.*” Yani “1 - *Magistra* önüne çağrılan gitsin. Gitmezse davacı, durumu şahitlerle tespit etsin ve sonra onu yakalasın. 2 - Kaçmaya çalışır veya ayaklarını hareket ettirirse, üzerine ellerini koysun. 3 - Hasta, ihtiyar veya vücutça sakatsa çağrılana bir binek hayvanı verilsin. İstemezse kapalı araba vermeye gerek yoktur.” Davacı, davalıyı *magistra* önüne 12 Levha Kanunlarının bu hükümleri doğrultusunda davet ederdi. Davacı ayrıca kendi iddiasına uygun bir dava kalıbını seçer, bu dava kalıbına uygun sözleri söylerdi. Daha sonra *magistra* davayı reddetmezse *litis contestatio* ile *in iure* aşaması tamamlanırdı. Kısacası *magistra* önündeki aşamada davayı yürüten yalnızca davacı değildir. Ventura, **a.g.e.**, s. 155; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 280, dn. 26; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 214-217; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 335.

apud iudicem aşamasına geçildiğinde, *in iure* aşamasında *litis contestatio* ile yapılan bu tespitlere yani yapılan işlemlere, hareketlere ve söylenen sözlere hakim¹⁵⁸ bağlı kalma zorunluluğu vardı. *Apud iudicem* aşamasında tarafların seçtikleri hakim, *magistra*'nın belirlediği hususlarla sınırlı kalmak üzere ve herhangi bir şekilde bağlı kalmaksızın tarafların karşılıklı iddialarını dinleyerek karar verirdi¹⁵⁹. Taraflar hakimi ikna etmek için çeşitli ispat vasıtalarını kullanırlardı. İspat yükünde kural, “*actori incumbit probatio*” yani “davacıya ispat düşer” şeklindedir. İspata yarayan deliller arasında başlıcaları, tanık ve yazılı delillerdi¹⁶⁰. Tüm bunlardan sonra hakimin *sentantia* denilen ve taraflar için kesin hüküm niteliğindeki kararı ile dava sonlanırdı. Hakim, karar vermeye yetecek kadar kanaat sahibi olamazsa karar vermeden davadan elini çekebilirdi¹⁶¹.

Legis actio yargılamasının, genel olarak belirtilen bu özellikleri, *rei vindicatio* yani bir tarafın istihkak iddiası ile ortaya çıkan davanın yargılama usulü hakkında da genel bilgi vermektedir. Ancak hemen belirtelim ki, *legis actio*'lar arasında sayılan ve en sık karşımıza çıkan ve kendi içinde *legis actio sacramentum in personam* ve *legis actio sacramentum in rem* şeklinde ikiye ayrılan¹⁶² *legis actio per sacramentum, rei vindicatio*'da karşımıza çıkan yasal dava kalıbıydı. Bu nedenle *rei vindicatio*, aynı hakka ilişkin olan *legis actio sacramentum in rem* içinde yer alırdı¹⁶³.

1.1.2. Formula Yargılaması

Roma hukukunda, *legis actio* yargılamasından sonra, *formula* yargılaması adı altında yeni bir usulün ortaya çıkmasının nedeni sorulduğunda verilecek cevap, iki yargılama sistemi arasındaki farklardan kaynaklanırdı. Bu farklar sıralandığında, *legis actio*'nun değişen ihtiyaçlara cevap vermekten uzaklaştığı da anlaşılır.

¹⁵⁸ Bu çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde özel mahkemeler sisteminin bu ikinci aşamasında yargılamayı yaparak karar verecekler için hakem yerine hakim ifadesi kullanılacaktır. Ancak burada, hakimden maksat, devlet memuru statüsündeki hakimlik değildir.

¹⁵⁹ Küçükgüngör, İspat, **a.g.m.**, s. 480; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁶⁰ “Ancak *legis actio*'lar zamanında yazılı delil ile ispat, tanık ile ispattan daha sonraları ortaya çıkmıştır. İspata yarayan yazı delilde yazı, üzeri mumlanmış ve menteşelerle katlanabilir tahta parçaları (*tabulae*) üzerine yazılır, tahtalar katlandıktan sonra üzerlerine tanıkların mührü konurdu. Hakim, vesikanın sağlamlığını inceledikten sonra, onu okuturdu.” Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 234-235; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 130; Küçükgüngör, İspat, **a.g.m.**, s. 481-482; Ventura, **a.g.e.**, s. 224-226.

¹⁶¹ Ventura, **a.g.e.**, s. 157; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁶² Gai. 4. 15. ve 4. 16.

¹⁶³ Bkz., aşa. Bölüm 2.2.2.2.

Her şeyden önce *formula* usulünde katı bir şekilcilik anlayışının yerini yazılı vesikalara dayanan daha esnek ve daha az şekilci bir anlayış aldı¹⁶⁴. Bunun dışında *formula* usulü, zamanla artan ticari ilişkiler sonucunda ortaya çıkan yeni uyuşmazlıklarda, yabancılara ve bazı dava ehliyeti olmayan şahıslara da uygulanabilme olanağına sahipti¹⁶⁵. Yani *formula* usulünde bir davanın, aktif veya pasif bir şekilde tarafı olabilecek şahısların sayısı daha fazla idi. *Legis actio* usulünde bulunmayan ve bulunmaması olumsuzluk olarak nitelendirebilen bu özellikler sayesinde bir geçiş döneminden sonra *formula* yargılaması, M.Ö. 17 yılında “*Lex Lulia De Iudiciis Privatis*” ile yasal davalar yargılamasının yerini aldı¹⁶⁶.

Formula usulünde de davalar iki aşamada görülürdü. Bu usulde, davacının iddiasına uygun bir *formula*, davanın esasını oluştururdu. Davacının iddiasına uygun bir *formula*'nın bulunabilmesi, davacının iddiasında haklı dayanaklarının olmasına bağlıdır¹⁶⁷. *Formula* usulünün *in iure* safhasında *legis actio*'dan belirgin bir farklılık yoktu. En önemli farklılık bu aşamayı sona erdiren *litis contestatio* ile karşımıza çıkar¹⁶⁸. Bu aşamada, *magistra*'lar tarafından hemen hemen her dava için ilgili olduğu

¹⁶⁴ Bu anlayış, sabit şekilciliğin karşısında ferdî durumlara uyarlanabilen *formula*'ların, içeriği hiçbir şekilde değişmeyen ve mutlaka sözlü bir şekilde seçilmesi gereken, sayısı sınırlı dava kalıplarının yerini alması ile karşımıza çıkardı. Buckland, **a.g.e.**, s. 630; Watson, **a.g.e.**, s. 96; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 112; Honig, **a.g.e.**, s. 94; Schwarz, **a.g.e.**, s. 293; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 239; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 16; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 341-342.

¹⁶⁵ Aile evlatlarının dava ehliyetleri bakımından *formula* usulünde değişiklik söz konusu oldu. Buna göre, *formula* usulünde, aile evlatlarının yaptıkları hukukî işlemlerden doğan borçlardan dava edilebilmeleri olanağı vardı. Ancak dava edilen aile evlatlarının mamelekleri olmadığından onlara karşı açılan davalar fayda sağlamıyordu. Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 278, dn. 23 ve s. 295.

¹⁶⁶ “*Lex Lulia De Iudiciis Privatis*, Augustus zamanında çıkarılmış, bazı ufak istisnalarla *legis actio* usulünü ortadan kaldırıp, *formula* usulünün kullanılmasını yaygınlaştırarak, usul hukukunu düzenleyen kanundur. Aynı yıl çıkarılan *Lex Lulia De Iudiciis Publicis* ile ceza usulü düzenlenmekteydi. *Legis actio* usulünden *formula* usulüne geçişi sağlayan kanun ise *Lex Aebutia*'dır. Yaklaşık M.Ö. 11 yılında çıkarılan bu kanun ile, yabancılar *praetor*'unun uygulamaya başladığı *formula* usulü şehir *praetor*'u tarafından da tarafların isteği üzerine uygulanmaya başlandı. Bu kanun *legis actio*'ları kaldıramamakla birlikte, *formula* usulünün uygulanabilirliğini arttırmıştır.” Buckland, **a.g.e.**, s. 627-628; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 114 ve 120; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 113; Honig, **a.g.e.**, s. 93 ve 95; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 293; Ventura, **a.g.e.**, s. 180; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁶⁷ Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 246-247.

¹⁶⁸ “*Formula* yargılamasında *litis contestatio* tarafların *formula* üzerinde vardıkları yazılı bir anlaşma niteliğindedir. Bu nedenle her iki tarafın *in iure* aşamasında bulunması zorunluydu. *Formula* usulünde *litis contestatio*, *magistra* tarafından davacıya verilen *formula*'nın davalı tarafından kabulü ile *magistra*'nın kontrolü altında iki taraf arasında yapılan bir anlaşmadır ve bu anlaşmadan sonra iki taraf arasındaki uyuşmazlık *formula*'da belirtilen hususlar dahilinde hakem önüne giderdi. Böyle bir anlaşmadan sonra taraflar aynı uyuşmazlık konusunda bir daha dava açamazlardı.” Ventura, **a.g.e.**, s. 195; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 256-257; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 21; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 347.

uyuşmazlığa uygulanacak olan *formula*'lar oluşturulurdu¹⁶⁹.

Apud iudicem aşamasında ise hakim *formula* metnine bağlı kalarak tarafların iddialarını dinler ve yine *formula*'da belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak ya mahkûmiyet yada beraat kararı verirdi. Bu karardan (*sentantia*) sonra aynı taraflar, aynı uyuşmazlık konusunda dava açamazlardı (*Bis de aedem re ne sit actio*). Buna rağmen taraflar aynı konuda dava açmak istediklerinde *praetor*, davalıya kesin hüküm def'i (*exceptio iudicatae*) olanağı tanıyarak davayı reddederdi¹⁷⁰.

Roma usul hukukunda, özellikle değişen ihtiyaçların karşılanması amacıyla yargılama usullerinde zamanla farklılık görülmüştür. Yukarıda genel olarak açıklanan bu yargılama usullerindeki farklılıkların, *rei vindicatio*'nun görülmesinde de kendisini gösterdiği açıktır. *Ius civile* gibi katı bir şekilcilik anlayışının içinde, mülkiyet hakkını koruyan *rei vindicatio*, şekilciliğin yarattığı olumsuzluklara bir tepki olarak kabul edilen *formula* yargılama usulü ile esaslı değişikliklere uğramıştır.

Roma hukukunda, özel mahkemeler sistemi içerisinde karşımıza çıkan bu iki yargılama usulü arasındaki farklılıklara rağmen, her ikisinde de ortak olan, uzlaşmanın mümkün olmamasıydı. Örneğin, ister *legis actio*'da ister *formula* usulünde olsun, bir *rei vindicatio* söz konusu olduğunda, verilecek karar taraflardan birinin mülkiyet hakkına sahip olduğu, diğerinin ise olmadığıydı¹⁷¹.

1.2. *Cognitio Extra Ordinem* (Sistem Dışı Yargılama)

Cognitio extra ordinem usulü, sınırların genişlenmesine bağlı olarak imparatorluğun idare ve yargı konularında ikiye ayrılması ve böyle bir bölünmeden sonra *senatus* eyaletlerinde imparatorluk eyaletlerindeki yargılama usulünün yani *formula* yargılamasının takip edilememesi ve böylece geçerli olan yargılama sisteminin dışında bir yargılama usulünün uygulanması ile ortaya çıktı¹⁷². Bu yargılama sisteminin ortaya çıkış sebebini de ihtiyaçların karşılanması ile açıklamak mümkündür. Ortaya

¹⁶⁹ Metzger, **a.g.m.**, s. 212; Watson, **a.g.e.**, s. 95.

¹⁷⁰ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 126-127; Honig, **a.g.e.**, s. 119; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 309; Ventura, **a.g.e.**, s. 197; Schwarz, **a.g.e.**, s. 290; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 260 ve 278-283; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 27-28, dn. 28; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 328.

¹⁷¹ Watson, **a.g.e.**, s. 96.

¹⁷² Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 296-298.

çıkan yeni hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla bu usul kabul edildi¹⁷³. Bu yargılama sisteminin ilk uygulanmaya başladığı dönemlerde bir geçiş dönemi süresince, taraflara yargılama usulünün seçimi konusunda bir hak tanındı.

M.S. 342 yılından sonra *formula* yargılamasının “zararlı kelime oyunları” olarak nitelendirilerek¹⁷⁴ kaldırılmasıyla birlikte, Roma hukukunda geçerli olan yargılama usulü olarak karşımıza çıkan *cognitio extra ordinem* usulünde, *ordo iudiciorum privatorum*’dan farklı olarak davalar, tek aşamada ve devlet memuru olan hakimler tarafından görülürdü. Bu usulde hakim, *litis contestatio*’ya veyahut *formula*’larla belirtilen hususlara bağlı kalmadan, geniş bir yargılama serbestisi altında karar verirdi¹⁷⁵. Ortaya çıkan yeni uyuşmazlıklara daha sağlıklı çözüm bulmak konusunda hakime tanınan bu serbestinin, tarafların menfaatlerine uygun olduğunu söylemek mümkündür. Bu yargılama usulünde tarafların menfaatlerine uygun olan diğer hususlar ise mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olma zorunluluğunun kaldırılması, tarafların verilen karara itiraz hakkının bulunması, davacının davalıyı mahkemeye davet etme (*in ius vocatio*) zorunluluğunun bulunmaması ki, bu usulde davalıya daveti, mahkeme yapardı¹⁷⁶, davalının mahkemeye gelmemesi durumunda yokluğunda görülebilmesi ve tarafların iddialarını ispata yarayan vasıtalarda yani deliller konusunda yeni düzenlemelerin karşımıza çıkması şeklinde özet olarak belirtilebilir¹⁷⁷. Mahkemenin verdiği kararların tekrar tartışılmaması ve usul ekonomisi gibi düşüncelerle aynı uyuşmazlık hakkında iki defa dava açılmaz kuralı sistem dışı yargılama usulünde de geçerliydi. Çünkü Roma hukukunda, “Kesinleşmiş hüküm gerçeği ifade eder” (*res iudicata pro veritate accipitur*) anlayışı vardı¹⁷⁸. Ancak tarafların bu karara karşı itiraz hakları vardı.

¹⁷³ Avukatlık, doktorluk gibi yüksek hizmetlerde ücret konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklar, kira meseleleri, miras işleri ve eşler arasında nafaka talepleri gibi konular, bu yargılama usulünde çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 313-314; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 302; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 35-36.

¹⁷⁴ “*Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes*” Bu ifade M.S. 342 yılında Constantius tarafından çıkarılan bir emirnamede yer almaktadır.

¹⁷⁵ Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁷⁶ D. 40.5.26.7. ve D. 40.5.26.9.

¹⁷⁷ Buckland, **a.g.e.**, s. 662 vd.; Di Marzo, **a.g.e.**, 146-147; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 313; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 304-316; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 37-39.

¹⁷⁸ Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996), s. 189; D. 50.17.57.

Tarafların verilen karara itiraz hakkının bulunması ile Roma yargılamasında o zaman kadar görülmeyen *appellatio* denilen kanun yolları karşımıza çıkmıştır. Roma hukukunda sistem dışı yargılama usulünden önceki yargılama usullerinde tarafların karara karşı başvuracakları bir hukukî yol bulunmazdı. Sistem dışı yargılamada ise taraflardan itiraz etmek isteyen herhangi biri, dilekçe ile mahkemenin hakimine başvurarak, istinaf veya temyiz olarak nitelendirebilen kanun yollarına başvurma imkanına sahipti¹⁷⁹.

Tüm bu geniş çaplı değişikliklerden sonra Roma usul hukuku, çağdaş sistemlerde uygulanan usul hukuklarına yaklaşımıştır¹⁸⁰. Bugün, Hukuk Usul Muhakemeleri kanunumuzun bir çok maddesinde *cognitio extra ordinem* usulüne ilişkin yukarıda saydığımız hususlara paralel düzenlemelerin yer aldığını görmek mümkündür.

2. *REI VINDICATIO*'NUN ROMA USUL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

2.1. *Rei Vindicatio* Kavramı

Rei vindicatio'ya Türk hukukunda karşılık gelen dava istihkak davasıdır. Ancak bu, *rei vindicatio*'nun terminolojik bakımdan tam karşılığının istihkak davası olmasından kaynaklanan bir durum değildir. *Rei vindicatio* terminolojik bakımdan *res* kelimesi ile *vindicare* kelimelerinin bir araya gelmesiyle ortaya çıkardı. *Res*, mal ve şey anlamına gelmekteydi. *Vindicare* ise, hakimiyet altına almak ve aynı zamanda intikam almak, cezalandırmak anlamlarına gelirdi¹⁸¹. O halde, bu iki kelime bir araya getirilirse *rei vindicatio*'nun “malın hakimiyet altına alınması davası” olduğunu söylemek mümkündür.

Rei vindicatio'nun, hukukumuzdaki istihkak davasına karşılık gelmesi, Türk hukukunda bu davaya adını veren “istihkak” kelimesinin çeşitli anlamlarından kaynaklanır. İstihkak kelimesi, hak talep etmek, bir şey üzerinde hak iddiasında

¹⁷⁹ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 148; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 319-321; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁸⁰ Rado, **a.g.e.**, s. 31.

¹⁸¹ Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 223.

bulunmak, kaybolan hakkın istenmesi gibi çeşitli anlamlara gelir¹⁸². Bu nedenle istihkak davası terminolojik bakımdan *rei vindicatio*'nun Türk hukukundaki tam karşılığı olmasa da *vindicare* ve istihkak kelimelerinin anlamsal yakınlıklarından dolayı karşılığı olduğu kabul edilir.

Rei vindicatio'ya neden olan başlıca iki kavram vardı. Bunlardan biri zilyetlik, diğeri ise mülkiyettir. Bu iki kavramın birbiri ile ilişkisi farklı şekillerde karşımıza çıkar. Bir kimse, bir malın hem zilyedi hem de maliki olabilir yada zilyet olan ve malik olan kimseler farklı olabilir. Bu ilişkide *rei vindicatio*'yu karşımıza çıkaran ise bir malın hem maliki hem de zilyedi olan kimsenin, sahip olduğu zilyetliğini rızası dışında kaybetmesiydi¹⁸³.

Rei vindicatio için çeşitli tanımlar vermek mümkündür. Bu tanımlar arasında en genel olanı, “Zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede karşı açtığı davadır.” şeklindedir. Ancak bu genel tanımı, davanın taraflarını, amacını ve konusunu da belirterek genişletmek mümkündür. O halde, *rei vindicatio* için verilebilecek en geniş tanım şu şekildedir; “*Rei vindicatio, Quirites* hukukuna göre malik olan kimselerin fiilî hakimiyetini kaybettiği mallarının fiilî hakimiyetlerini tekrar elde edebilmeleri için, bu malı fiilî hakimiyetleri altında bulunduranlara karşı, açtığı davadır.”

Türk Medeni Kanunu madde 683'te düzenlenen istihkak davası, malikin, malını haksız bir şekilde elinde bulunduranlara karşı açabileceği bir dava olarak belirtilir¹⁸⁴. Mülkiyet hakkının sahibine sağladığı yetkilerden biri de eşya üzerinde zilyetlik kurma yetkisidir. Malikin rızası dışında veya haklı bir neden bulunmaksızın bir eşyasına el koyan üçüncü kişilerden bu eşyanın geri alınması, Roma hukukunda *rei vindicatio* ile, Türk hukukunda ise istihkak davası ile mümkündür¹⁸⁵.

¹⁸² Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü** (Genişletilmiş Beşinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), s. 405.

¹⁸³ Watson, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁸⁴ Diğeri ise haksız elatmanın önlenmesi, eski adıyla müdahalenin men'i davasıdır. Bu davaya Roma hukukunda karşılık gelen dava *actio negatoria in rem*'di.

¹⁸⁵ Mustafa Reşit Karahasan, **Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku Cilt 1** (İstanbul: Beta Yayınevi, 1999), s.58-59; Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 222; Akipek, **a.g.e.**, s. 77-78.

2.2. *Legis Actio* Yargılamasında *Rei Vindicatio*' nun Görülmesi

2.2.1. Genel Olarak

Legis actio yargılamasında *rei vindicatio*' nun beş yasal dava kalıbının hangisinin içinde görüldüğünün belirlenebilmesi için *legis actio*' ların tümü için geçerli olan ortak özelliklerin dışına çıkmak gerekir. Böyle bir saptamanın yapılabilmesi için, bu beş yasal dava kalıbının kendine özgü özellikleri dikkate alınmalı ve daha sonra yargılaması yapılacak davanın özellikle aynî yada şahsî dava olup olmadığı konusu değerlendirilmelidir.

Legis actio yargılaması genel anlamda dava kalıplarından oluşan ve katı bir şekilcilik anlayışına dayanan bir yargılama usulüydü. Bu yargılama usulünde uyumsuzluklar niteliklerine göre çeşitli dava kalıplarından birisinin içinde yer alırdı. Davacı taraf *in iure* aşamasında, kendisine uygun bir dava kalıbını seçtikten sonra bu dava kalıbının gerektirdiği şekli şartları, ki bunlar daha çok çeşitli sözlerin söylenmesi şeklinde idi, yerine getirmekle yükümlüydü. Burada karşımıza çıkan beş yasal dava kalıbından üç tanesi usul hukukuna, iki tanesi ise icra hukukuna ilişkindi. Bu durumda *rei vindicatio*' nun usul hukukuna ilişkin olan *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis postulationem* ve *legis actio per condicionem* birinin içinde görülebileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Çünkü bu dava da davacının amacın genel bir biçimde “hakkının tanınmasını sağlamak” olduğu belirtilebilir¹⁸⁶.

2.2.2. *Legis Actio Sacramentum In Rem* ve *Rei Vindicatio*

Legis actio per sacramentum, Roma hukukunda bilinen en eski dava kalıbıydı¹⁸⁷. Gai. 4.13-17 arasında açıklama getirilen *legis actio per sacramentum*' un iki şekli vardı. Bunlardan biri *in rem* şeklinde, diğeri ise *in personam* şeklindeydi. Bu anlamda, *rei vindicatio* bakımından geçerli olan yasal dava kalıbının *in rem* mahiyetinde olan *legis actio per sacramentum* olduğu kolaylıkla anlaşılır.

¹⁸⁶ Umur, Hakların Himayesi, a.g.e., s. 211.

¹⁸⁷ Watson, a.g.e., s. 94.

Legis actio per sacramentum, ismini *sacramentum*'dan alırdı. *Sacramentum* ile yasal dava kalıbı genel bir dava kalıbıydı ve başka bir dava kalıbı içine giremeyen uyuşmazlıklar bunun içinde görülürdü¹⁸⁸. Bu dava kalıbına ismini veren *sacramentum* en genel anlamda bir yemin veya taahhüt olarak ifade edilebilir. *Sacramentum*, bu dava kalıbı içinde tarafların yemin ederek yatırdıkları, davayı kazanan tarafın yatırdığını geri aldığı, davayı kaybeden tarafın yatırdığının devlet hazinesine bırakıldığı bir miktar paradır¹⁸⁹.

Rei vindicatio, aynî niteliğinden dolayı *legis actio* yargılamasında *legis actio sacramentum in rem* dava kalıbı içinde görülürdü. Çünkü aynî haklar ve aile hukukuna ilişkin olan evli kadın üzerinde *manus* gibi mutlak haklar bu dava kalıbı ile görülürdü¹⁹⁰. Bu dava kalıbında, dava konusu olan mal (malın niteliğine göre getirilmesi mümkün ise malın kendisi, mümkün değil veya zor ise bu malın bir parçası) *magistra* önüne getirilirdi. Taraflardan her biri bu malı veya malın parçasını bir eliyle kavrayarak bu malın kendisine ait olduğunu söyler ve diğer elindeki değnek (*festuca*) ile bu mala veya parçasına dokunurdu. Daha sonra taraflar, yukarıda belirtilen taahhütleri, birbirlerine karşılıklı olarak verirdi¹⁹¹. Buradan da anlaşılacağı bu şekli işlemleri yapılabilmesi için her iki tarafın *magistra* önünde hazır bulunması gerekirdi. Yani davacı tarafından davetin yapılmasından ve karşı tarafında *magistra* önüne gelmesinden sonra bu işlemler yapılırdı.

¹⁸⁸ Gai. 4.13. : “*Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.*”

Gai. 4.13. : “Diğer dava şekillerinin içine girmeyen davalarda usulî bir dava olarak *sacramenti* karşımıza çıkar; *sacramenti* davası genel dava şeklindedir.”

¹⁸⁹ Gai. 4.14' te “*Poenam autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria. nam de rebus mille aeris plurisue quingentis assibus, de minoris uero quinquaginta assibus sacramento contendeatur; nam ita lege xii tabularum cautum erat. at si de libertate hominis controuersia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut l assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est fauore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores.*” şeklinde belirtilmektedir. Buradan anlaşılan özetle, *sacramentum* ile haksız çıkan taraf 500 yada 50 as ile mahkum edilirdi. Dava konusunun değeri 1000 astan fazla ise 500 as; daha az ise 50 as *sacramentum* olarak belirlenirdi. Bu 12 Levha Kanunlarında belirtilirdi. Ayrıca dava konusu hürriyete ilişkin ise *sacramentum* 50 as olarak belirlenirdi. Basılmış paranın ortaya çıkmasına kadar dava konusunun değerine göre beş öküz veya beş koyunun ilahlara kurban edileceğine dair yemin edilirdi. Basılmış paranın ortaya çıkmasından sonra ise 5 öküz yerine 500 as, 5 koyun yerine 50 as ilahlara adanmaya başlandı. Daha sonraları, yukarıda belirtildiği gibi *sacramentum* belirlenmeye başlandı. Umur, Lügat, **a.g.e.**, s.190.

¹⁹⁰ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 114; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 288; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁹¹ Watson, **a.g.e.**, s. 94; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 114; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 217; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 14.

Gai. 4.16'da bir köle üzerindeki istihkak iddiasında *magistra* önünde taraflar arasındaki karşılıklı olarak söylenmesi gereken sözler verilen şu örneklerle açıklanmaktadır:

Gai. 4. 16. :

“*Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, ueluti hominem, et ita dicebat hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio secundum suam causam. sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui, et simul homini festucam inponebat; aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque uindicasset, praetor dicebat mittite ambo hominem; illi mittebant; qui prior uindica iuerat, ita alterum interroga bat postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris; ille respondebat ius feci sicut vindictam inposui; deinde qui prior uindicauerat, dicebat quando tu iniuria vindicavisti, ad aeris sacramento te provocho; aduersarius quoque dicebat similiter et ego te; scilicet si de rem aeris pluriusque agebatur, ad, si de minoris, asses sacramenti nominabant;*”

Burada yapılan işlemleri şu şekilde açıklanabilir¹⁹²:

Davacı elinde tuttuğu bir değnekle köleye dokunarak, “Bu kölenin *Quirites* hukukuna göre bana ait olduğunu beyan ediyorum.” der. İddiasını bu şekilde belirttikten sonra, “İşte sana karşı istihkakımı ileri sürüyorum”, der. Buna karşı davalı, iddiayı kabul ederse *magistra* önünde ikrarda bulunmuş (*confessio in iure*) olur ve mahkeme sona ermiş gibi, mal, *magistra* tarafından davacıya teslim edilirdi. İkrarda bulunmayan davalı da, aynı hareketleri yaparak aynı sözleri söyler ve böylelikle o da karşılıklı olarak istihkak iddiasında bulunmuş olurdu (*contra vindicatio*). *Magistra* ise, “Her ikiniz de köleyi bırakın” der, ve duruma hakim olduğunu gösterirdi. Bu suretle mal, sanki

¹⁹² Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 284; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 217-218; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 14; Ventura, **a.g.e.**, s. 169-171.

magistra tarafından zapt edilmiş gibi, her iki tarafın da zilyetliğinden çıkar ve ortaya bırakılmış olurdu. Bunun üzerine davacı, “Hangi sebebe dayanarak istihkakta bulunduğunu söylemeni istiyorum”, der ve diğeri, “İstihkakımı ileri sürmekle hakkımı belirtmiş oluyorum.”, cevabını verirdi. Bunun üzerine davacı, “Madem ki haksız bir istihkakta bulunuyorsun, seni 500 *as sacramentum*’a davet ediyorum.”, dedikten sonra davalı tarafta “Ben de seni”, şeklinde karşılık verirdi. Eğer bu şekilde karşılık vermez veya *sacramentum*’u yatırmazsa, *magistra*, istihkakta bulunmamış gibi, malı davacıya teslim ederdi.

Legis actio yargılamasında bu şekilde görülen *rei vindicatio*’da tarafların karşılıklı mülkiyet iddialarında buldukları görülmektedir. Özünde kimin gerçek malik olduğunu ortaya çıkarmaya yönelik olan bu dava sırasında dava konusu yapılan malın zilyetliğinin kimin elinde bulunacağına *magistra* karar verirdi. Uyuşmazlık çözülmünceye kadar *magistra*, zilyetliği taraflardan birine verirdi. Ancak bu taraf, malı ve semerelerini haksız çıkması durumunda iade edeceğine ilişkin kefil ile güvence (*praedas litis*) göstermeliydi¹⁹³.

Sacramentum’da yatırılırsa bütün bu temsili işlemlerden sonra hakimin seçilmesine ve *litis contestatio*’nun tamamlanmasına geçilirdi. Hakim hangi tarafın *sacramentum*’unun *iustum* (hukuka uygun), hangi tarafın *iniustum* (hukuka uygun olmadığına) olduğuna karar verirdi¹⁹⁴. Hakim önündeki aşamada her iki taraf delillerle iddialarını ispatlamaya çalışırdı. Tarafların hakimi ikna edemediği durumlarda hakimin aradığı şey, taraflardan birinin iddiasını kesin olarak ispatlaması değil, diğerine oranla bu iddiasında daha haklı olduğunu ispatlamasıydı¹⁹⁵. Hakimi ikna eden taraf davayı kazanır ve verdiği *sacramentum*’u geri alırdı¹⁹⁶.

¹⁹³ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 115; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 281; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁹⁴ Watson, **a.g.e.**, s. 94.

¹⁹⁵ Küçükgüngör, İspat, **a.g.m.**, s. 481.

¹⁹⁶ Watson, **a.g.e.**, s. 94-95; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 115; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 286-287; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 220; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 14.

2.3. Formula Yargılaması ve *Rei Vindicatio*

Roma usul hukukunun ilk gelişimi, belirli dava kalıpları içinde gerçekleştikten sonra belirli bir çağdaşlaşma sonucunda sözlü dava şekilleri usulü olarak nitelendirilen *legis actio* usulünün yerini yazılı *formula*'lar aldı¹⁹⁷. Taraflar arasında yazılı bir akit niteliğinde olan *formula*'lar ilk ortaya çıktığı dönemde uzunca bir süre *Quirites* hukuku için öngörülen *formula*'lardı. Zamanla *formula*'lar da yapılan önemli değişikliklerle geleneksellikten uzaklaşıldı¹⁹⁸.

Hakim, dava *formula*'sı çerçevesinde, dava konusunu değerlendirerek, davacının iddialarının haklılığına ilişkin bir karar verirdi. Bu nedenle dava *formula*'sının kurallarına göre hazırlanması büyük önem taşırdı. *Rei vindicatio*'nun *formula*'sının davacı tarafından kurallarına göre düzenlenmemesi durumunda *magistra*, dava hakkı tanımayabilirdi. Bu nedenle *formula* yargılamasında esas yük, davacıya aitti¹⁹⁹. Kurallarına göre hazırlanan bir *formula*, dava konusunu tam ve doğru bir biçimde belirtmeliydi²⁰⁰. Böyle bir belirleme, davanın aynî yada şahsî niteliğine göre farklılık gösterirdi. Buna göre, *rei vindicatio*'da davacının, uyuşmazlık konusu malı doğru bir şekilde belirledikten sonra mülkiyet hakkı sahibi olduğunu ispatlamaya yarayan tüm hususları *formula*'da belirtmiş olması gerekirdi²⁰¹.

Formula'ların bazıları Gaius'un *Institutiones*'i ile bazıları ise tahmin yoluyla belirlenmiştir²⁰². *Rei vindicatio*'nun *formula* örneğini vermeden önce *formula*'nın kısımları hakkında kısaca bilgi vermek, bu örneği anlamayı kolaylaştıracaktır.

Formula'nın ilk cümlesi daima kararı verecek hakime hitap ederdi. Burada hakimin ismi belirtilirdi. "*Demonstratio*" denilen kısımda davacının davasına dayanak

¹⁹⁷ Villey, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁹⁸ **Aynı**, s. 39.

¹⁹⁹ Türkoğlu-Özdemir, **a.g.e.**, s. 86.

²⁰⁰ Türk hukukunda istihkak davası bakımından da aynı kural geçerlidir. Ancak bu kuralın istihkak davasında uygulanması Roma hukukundaki kadar katı değildir. Türk hukukunda istihkak davasına konu olabilecek malların benzerlerinden ayırt edilmiş olması yani ferden belirlenmiş belirli bir eşya olması gerekir. Bu özellikle hakimin iade edilmesine karar vereceği malın tam olarak belirlenmesi, hükme uyulmadığı takdirde devreye girecek olan icra memuruna hangi malın haciz edileceğini bilmesine olanak sağlar. Suat Bertan, **Aynî Haklar-Cilt 1** (Ankara: Balkan Basım ve Ciltevi, 1976), s. 293; Akipek, **a.g.e.**, s. 79.

²⁰¹ Akipek, **a.g.e.**, s. 86-87.

²⁰² Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 261.

yaptığı olay, daha sonra *ius civile* davalarının en önemli kısmı olan, davacının iddiasının ileri sürüldüğü “*intentio*” kısmı yer alırdı. *Formula*’nın sonu olan “*condemnatio*” denilen kısımda hakime *intentio*’da belirtilene bağlı kalarak hakime mahkum etmesi veya beraat etmesi konusunda yetki verilirdi²⁰³. *Adiudicatio* ise Roma hukukunda karşımıza çıkan üç tür taksim davasına (terekenin taksimi, şirket mallarının taksimi ve sınır tanzimi) özgü olan kısımdı²⁰⁴. *Formula* yargılamasında karşımıza çıkan ve davanın sonucu bakımından önemli etkilerde bulunan *exceptio*’lar (def’î), *formula*’nın istisnâ kısmı olarak nitelendirilebilir. *Praetor*’lar, *exceptio*’ları, *ius civile*’nin sertliklerini azaltmak için kabul etmişlerdi. *Formula* içinde *intentio* ve *condemnatio* arasında yer alan *exceptio* ile davalı, davacının ileri sürdüğü iddiaları başka olaylar ilave ederek kabul ederdi²⁰⁵.

Formula’nın emredici kısmı olan *condemnatio* üzerinde ayrıca durulmalıdır. Çünkü burada hakime, *intentio*’daki şartın gerçekleşmesi durumunda davalıyı mahkum etme aksi halde beraat ettirme konusunda yetki verilmekteydi. Önemli olan nokta, burada hakimin vereceği mahkûmiyet kararının, mutlaka paraya ilişkin olmasıydı²⁰⁶. *Formula*’nın bu kısmında, davanın aynî yada şahsî nitelikte olup olmadığı da açık bir şekilde belirtilirdi²⁰⁷. Ancak, talebin niteliğin aynî olup olmadığına dikkat edilmeksizin davalı, malın aynen iadesine değil, bir miktar paraya mahkum edilirdi.

Gai. 4.48. :

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

Gai. 4.48. :

“Arazi, köle, elbise, bir miktar altın veya gümüş gibi şeyleri talep

²⁰³ Gai. 4.40, *Demonstratio* (tasvir); Gai. 4.41, *Intentio* (talep); Gai. 4.43, *Condemnatio* (*mahkum etme*) hakkında bilgi vermektedir.

²⁰⁴ Gai. 4.42, *Adiudicatio* hakkında bilgi vermektedir.

²⁰⁵ Umut, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 265.

²⁰⁶ Nicholas, **a.g.e.**, s. 101; Buckland, **a.g.e.**, s. 634.

²⁰⁷ Metzger, **a.g.m.**, s. 218.

ettiğimiz zaman hakim eskiden olduğu gibi o şeye mahkum etmez fakat o şeyin kıymetini takdir ettikten sonra bir miktar paraya mahkum eder.”

Formula yargılamasında, mülkiyet hakkı ihlal edilen davacı, *rei vindicatio* ile tam olarak korunmamaktaydı. Çünkü mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olması davacının bu dava ile beklediği sonuçları elde edememesine neden olurdu²⁰⁸. Bu nedenle *formula*'nın *condemnatio*'suna, “*clausula arbitraria*” eklenirdi. Burada hakim, davalıya öncelikle dava konusu malı iade etmesini emrederdi. Ancak davalının bu emre uyma gibi bir yükümlülüğü bulunmadığından davalının bu konuda keyfi hareket etmesi mümkündür²⁰⁹.

Önceleri her hakka karşılık gelecek şekilde *formula*'lar yapılırdı. Daha sonraları ise birden fazla hakkı içine alacak şekilde genel *formula*'lar yapılmıştır²¹⁰. Bu nedenle *rei vindicatio*'nun *formula* örneği farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Burada bu örneklerden yalnızca iki tanesi verilecektir²¹¹.

1- “*Iudex esto, si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Ai Ai esse neque ea arbitrio iudicis Aa Aa restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm Nm Aa Aa condemmi, si non paret absolve.*”

“Hakim olsun. Uyuşmazlık konusu şeyin, *Quirites* hukukunca Aulus Agerius'a ait olduğu sabit olursa ve o şey emrin üzerine Aulus Agerius'a iade edilmezse, ey hakim, Numerius Negidius'u o şeyin tutarı olan para miktarını Aulus Agerius'a ödemeye mahkum et, sabit olmazsa beraat ettir.”

2- “*Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritum Aulii Agerii esse neque aa res (arbitrio iudicis) restituetur, quanti ea res erit, tantam peeuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*”

²⁰⁸ Schwarz, **a.g.e.**, s. 303.

²⁰⁹ Aynı, s. 303.

²¹⁰ Ventura, **a.g.e.**, s. 201.

²¹¹ Bu örneklerden birincisi için bkz., Schwarz, **a.g.e.**, s. 303 (naklen); ikincisi için bkz., Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 14 (naklen).

“Söz konusu malın *Quirites* Hukukuna göre, davacıya ait olduğu sabit olursa, hakimin emrine rağmen bu mal iade edilmezse; ey hakim, davalıyı bu malın değeri kadar para miktarına mahkum et. Sabit olmazsa beraat ettir.”

2.4. Sistem Dışı Yargılama’da *Rei Vindicatio*

Roma usul hukukunda meydana gelen değişiklikler, amacı ve niteliği yönünden davalar üzerinde de etkili oldu. Bu nedenle *rei vindicatio*, yargılama usullerindeki değişikliklere bağlı olarak değişim gösterdi. *Rei vindicatio*’yu bu değişikliklerle birlikte ele alındığında bu gelişim ve değişim süreci içerisinde en etkili olduğu dönemin, sistem dışı yargılama olduğu söylenebilir .

Bu dönemde, yargılama usullerinde meydana gelen değişikliklerin *rei vindicatio*’ya yansması oldukça olumlu oldu. Bu noktada, hakimin *litis contestatio* ile veyahut *formula*’larla belirtilen hususlara bağlı kalmadan geniş bir yargılama serbestisine sahip olması ve bu hakimlerin devlet adına resmî bir sıfatla kararlar alabilmesi, *rei vindicatio*’nun yargılamasını en olumlu şekilde etkileyen değişikliklerdi. Uyuşmazlıklara daha sağlıklı çözüm bulmak konusunda hakime tanınan bu serbestinin tarafların menfaatine olduğunu söylemek mümkündür. Katı şekil şartlarından arınmış bu yargılama usulünde yargılamayı meslekleri olarak hakimlerin yapması ve buna ilave olarak delil ve ispat olanaklarının genişletilmiş olması, maddî gerçeği ortaya çıkarma konusunda daha etkili oldu.

Bu yargılama usulünde *rei vindicatio* için önem taşıyan bir diğer değişiklik ise mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olma zorunluluğunun kaldırılmasıydı. Çünkü, aynı bir dava niteliğinde olan *rei vindicatio*’da mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olması, bu niteliği neredeyse ortadan kaldıracak bir istisnaydı. Davanın niteliğine ve amacına uygun olarak etkin bir şekilde koruma sağlanabilmesi olanağı, sistem dışı yargılama ile birlikte mümkün oldu.

Roma hukukunda sistem dışı yargılama usulünden önceki yargılama usullerinde, verilen kararın kesin hüküm niteliğinde olması nedeniyle tarafların karara karşı başvuracakları bir hukukî yol bulunmamaktaydı. Sistem dışı yargılamada ise, taraflardan itiraz etmek isteyen herhangi biri, dilekçe ile mahkemenin hakimine

başvurmak suretiyle *appelatio* denilen kanun yollarına (istinaf ve temyiz olarak nitelendirebilen kanun yollarına) başvurma olanağına sahip oldu²¹². Dolayısıyla sistem dışı yargılamada görülen *rei vindicatio*'da hakimnin verdiği karardan memnun olmayan taraf için hukukî çareler kararlarla birlikte hemen tükenmezdi.

2.5. *Rei Vindicatio*'da Davacı

Rei vindicatio'da davacı olarak taraf olabilecek kişilerin belirlenmesinde herhangi bir güçlük söz konusu değildir. Çünkü bu dava, en genel biçimde “*ius civile*'ye göre malik olan, ancak zilyetliğini çeşitli nedenlerle kaybetmiş kişilerin, uyuşmazlık konusu mala zilyet olan ancak malik olmayan kişilere mülkiyet iddiasını yönelttiği dava” şeklinde tanımlandığına göre bu davayı açabilecek kişiler kolaylıkla belirlenebilmektedir.

Rei vindicatio'yu, *ius civile*'ye göre malik olan kişiler açabilirdi²¹³. *Rei vindicatio*, *ius civile* mülkiyetini koruyan bir dava olduğuna göre bu davada korunacak olan kişiler, *ius civile*'ye göre malik olan kişilerdi. Bu durumda *rei vindicatio*'da davacı olabilmenin şartı *ius civile*'ye göre geçerli bir şekilde mülkiyeti kazanmış olmaktı. *Ius civile*'ye göre geçerli bir şekilde mülkiyeti kazanabilmenin şartları, “*Quirites* hukukuna göre mülkiyet” başlığı altında incelendi. Bu şartlar birlikte gerçekleştiği zaman bir kimsenin *ius civile*'ye göre (en eski adıyla *Quirites* hukukuna göre) malik olduğu belirtilmişti²¹⁴. Bu şartların bir veya bir kaçının gerçekleşmemesi durumunda bir kimse, *ius civile*'ye göre malik olamayacağından, bu kimsenin *ius civile* mülkiyetini koruyan *rei vindicatio*'yu açması mümkün değildi.

Dava konusu yapılan mal paylı mülkiyete tabi bir mal ise bu durumda her bir malik, payı oranına etki edecek biçimde bu davayı açabilirdi. Aksi halde yani pay sahibi ortaklardan birinin dava konusu malın tamamı üzerinde talepte bulunarak *rei vindicatio*'yu açması durumunda ise dava konusunun tam ve doğru olarak

²¹² Di Marzo, **a.g.e.**, s. 148; Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 319-321; Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 41.

²¹³ Seldağ Güneş Ceylan, “Roma Hukukundan Günümüze İstihkak Davası,” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt no III, Sayı no 1-2: 149-163, (1999), s. 154; Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 96; Karadeniz-Çelebican, Eşya,, **a.g.e.**, s. 217; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 156.

²¹⁴ Bkz., yuk. Bölüm 1.3.4.

belirtilmemesi nedeniyle davası reddedilirdi²¹⁵.

Rei vindicatio'yu açan davacının, davada öncelikle ispatlaması gereken *ius civile*'ye göre malik olduğuydu²¹⁶. Bu davada davacının, davanın açıldığı anda malik olması gerekirdi²¹⁷. Buna göre, davaların iki aşamalı olduğu özel mahkemeler sisteminde (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) *magistra* önündeki (*in iure*) önündeki aşamayı sona erdiren davanın tespiti (*litis contestatio*) anından sonra, hakim önündeki aşamaya geçilirken davacının malik olması gerekirdi.

Ius civile'ye göre malik olan, ancak maliki olduğu malı üzerinde sahip olduğu zilyetliği kaybedenlerin *rei vindicatio*'yu açması mümkündür. Roma hukuku ile Türk hukuku arasında bu noktada belirgin bir farklılık vardır. Türk Medeni Kanunu 683. maddeye göre istihkak davasını açacak olan malikin, zilyetliğini kaybetmiş olması gerekli değildir. Zilyetlik sıfatında sahip olan maliklerde Türk hukukunda istihkak davasını açabilmektedir. Çünkü, Türk hukukunda, istihkak davasında malikin zilyet olup olmaması ve zilyetliğin elinden çıkış biçimi önemli değildir²¹⁸. Yine *rei vindicatio* ve istihkak davasının davacıları bakımından karşımıza çıkan bir diğer farklı durumda, sınırlı aynî hak sahiplerinin de istihkak davasını açmalarının mümkün olmasıdır²¹⁹. *Rei vindicatio*'da ise sınırlı aynî hak sahiplerinin, her bir hak için özel olarak öngörülen davaları açmaları mümkündür. Çünkü Roma hukukunda genel bir dava bulunmazdı.

2.6. *Rei Vindicatio*'da Davalı

Rei vindicatio'da, davalı olarak yer alabilecek yani aleyhine dava açılarak mülkiyet iddiası yöneltilecek kişiler, uyuşmazlık konusu mala zilyet olan ancak malik olmayanlardı²²⁰.

²¹⁵ Türkoğlu-Özdemir, **a.g.e.**, s. 89-90.

²¹⁶ İspat yükünü incelenirken davacının ispatlaması gerekenleri ayrıntılı şekilde belirtilecektir. Bkz., aşa. Bölüm 2.2.7.

²¹⁷ Miller, **a.g.m.**, s. 46; Ceylan, **a.g.m.**, s. 154; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 218.

²¹⁸ İstihkak davasında malik, dolaylı zilyet durumunda olabilir. Örneğin, malikin kiraladığı malın, kiracı tarafından bir başka kişiye kiralanması (alt kiracılık) durumunda, dolaylı zilyet olan malik, alt kiracıya karşı istihkak davası açabilir. Bu nedenle Türk hukukunda istihkak davası için, zilyet olmayan malikin malik olmayan zilyede karşı açtığı dava şeklinde tanımlama yapılamaz. Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 223, dn. 17; Akipek, **a.g.e.**, s. 78; Ceylan, **a.g.m.**, s. 154.

²¹⁹ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 284.

²²⁰ Ceylan, **a.g.m.**, s. 155; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 283; Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 96; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 219; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 156.

Bir kimsenin bir malın sahibi olmasıyla, bu malın, yetkilendirilen bir başka kişinin elinde bulundurulması farklıdır. Bu açıdan baktığımızda bir malın sahibi malik iken, malikin rızası malı ile malı hakimiyetinde bulundurmaya ve kullanmaya yetkili olan kişi ise zilyettir²²¹. Bu nedenle hukuk sistemlerinde bu iki kavram, birbiri ile ilişkisi de göz önünde tutularak ayrı ayrı düzenlenir²²².

Zilyetlik, Klasik hukuk döneminde farklı anlam ve türleri olan bir kavram değildi. Bu dönemde zilyetlik, daha çok kazandırıcı zamanaşımı için gerekli olan unsurlardan biri olarak biliniyordu. Hukuktaki gelişmelere bağlı olarak farklı anlamlar kazandı ve farklı türleri ortaya çıktı²²³. Zilyetlik (*possessio*) bir mal üzerindeki fiilli egemenliği ifade eder. Bir hak değil, ancak bir kimsenin mal üzerinde sahip olduğu fiilî egemenlik (maddî hakimiyet) neticesinde karşımıza çıkan hukuken korunan fiilî bir durumdur²²⁴. Bu noktada mülkiyet ile zilyetlik arasındaki en önemli farkın karşımıza çıktığı söylenebilir²²⁵. Roma hukukunda zilyetliğin büyük önem taşımasının nedeni, bir kimsenin malikin rızası ile zilyet olması ile malikin rızası olmadan zilyet olmasının farklı sonuçları ortaya çıkarmasıydı²²⁶. *Rei vindicatio*'nun ve Türk hukukunda istihkak davasının ortaya çıkmasında da bu farklı sonuçların etkili olduğu söylenebilir.

Her ne kadar hukukumuzda açık bir şekilde zilyetliğin bir unsuru olduğu belirtilmese de²²⁷, zilyetlikten söz edebilmek için fiilî egemenliğe sahip kişide aynı zamanda zilyetlik niyeti de aranır. Fiilî egemenlikle birlikte zilyet olma iradesi de varsa zilyetlikten söz etmek mümkündür. Roma hukukunda bu unsur, özel bir nitelikteydi²²⁸. Roma hukukunda zilyetlik iradesi yerine, bir malı kendi mülki imiş gibi kullanma niyeti (*animus rem sibi habendi*) aranırdı. Bu durumda, Roma hukukunda bir malı kendi mülkü imiş gibi kullanma niyeti (*animus rem sibi habendi*) olmadan, fiilî egemenliğinde tutarak kullananların (ariyet alan, kiralayan, vedia alan gibi) zilyet olmadıkları

²²¹ Nicholas, **a.g.e.**, s. 107.

²²² Miller, **a.g.m.**, s. 46-47.

²²³ J. L. Barton, "Animus and Possessio Nomine Alieno," **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Ed.: Peter Birks (Oxford: Clarendon Press, 1989), 43.

²²⁴ Miller, **a.g.m.**, s. 46.

²²⁵ Roma hukuku metinlerinde zilyetlik ve mülkiyet arasında bir benzerliğin bulunmadığı belirtilmektedir. D. 41.2.12.1., D. 41.2.52.

²²⁶ Miller, **a.g.m.**, s. 47.

²²⁷ MK. 973. maddesinde zilyetlik, bir eşya üzerinde fiilî hakimiyet sahibi olma durumu olarak tanımlanır.

²²⁸ Barton, **a.g.m.**, 56-57; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 106.

görülürdü. Bir malı fiilî egemenliği altında, ancak başkasının malı imiş gibi kullananlar (*animus rem alteri habendi*) Roma hukukunda vazülyet (*detentor*) olarak nitelendirilirdi.

Rei vindicatio, malik olmayan zilyetlere karşı açılırdı. Ancak, vazülyetlere karşı açılabilceği Klasik hukuk döneminde kabul edilmiyordu. Vazülyet olanlara karşı *rei vindicatio*'nun açılabilmesi Iustinianus döneminde mümkün oldu²²⁹. Ancak vazülyetlere karşı doğrudan, hiçbir şekil şartı aranmaksızın *rei vindicatio*'nun açılabilmesi söz konusu değildi. Iustinianus döneminde vazülyetlere karşı *rei vindicatio*'nun açılabilmesi için öncelikle davanın bu kişilere ihbar edilmesi gerekirdi. *Laudatio auctoris*²³⁰ denilen bu ihbardan sonra vazülyet malik olarak bildiği kimseye davayı üzerine almasını bildirirdi²³¹. Vazülyedin malik olarak bildiği kimse davayı kabul ederse davacının mülkiyet iddiası bu kişiye yöneltilirdi. Aksi halde, vazülyedin iki seçeneği kalırdı; ya davalı olmayı kabul eder yada davacının mülkiyet iddiasında bulunduğu malı teslim ederek davadan kurtulurdu. Burada vazülyedin malik olarak kabul ettiği kişinin davacı olması gibi bir durum karşımıza çıkabilirdi. Iustinianus döneminde bu durumda olan vazülyetlere karşı *rei vindicatio*'nun açılabilceği kabul edildi²³².

Zilyet ve vazülyet olanlar dışında *rei vindicatio*'nun açılabilceği bir diğer grup ise, mülkiyet iddiasında bulunulan malı fiilî egemenliğinde bulundurmayan, ancak Roma hukukunda varsayıllı zilyet (*ficti possessores*) olarak nitelendirilerek mal fiilî egemenlikleri altındaymış gibi kabul edilenlerdi²³³. Vazülyetlerde olduğu gibi bu kimselere karşı *rei vindicatio*'nun açılabilmesi Iustinianus döneminde mümkün oldu. Bu kişiler arasında *rei vindicatio* açmak isteyen maliki aldatmak için, zilyet olmadığı halde davayı kabul edenler ve *rei vindicatio*'dan kurtulmak için kasden (*dolus*) zilyetliği

²²⁹ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 220; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 156-157; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 86.

²³⁰ “*Evictio*'ya (zapta) maruz kalan kimsenin kendisini koruması için durumu selefine haber vermesi anlamında da kullanılan bir tabirdir.” Di Marzo, **a.g.e.**, s. 283; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 157; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 108.

²³¹ Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 97; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 220; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 86.

²³² Di Marzo, **a.g.e.**, s. 283; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 220.

²³³ Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 97; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 221; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 157.

terk etmiş kişiler yer alırdı²³⁴. Varsayıllı zilyetlere karşı *rei vindicatio* açıldığında, bu davanın niteliği aynî bir dava olarak değil fakat bir tazminat davası olarak karşımıza çıkardı. Çünkü bu kimselerin elinde mülkiyet iddiasında bulunulan mal olmadığından malın iadesi söz konusu değildi. Bu durumda *rei vindicatio* ile davacı zararının tazminini talep ederdi²³⁵.

Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı gibi, Iustinianus döneminden itibaren *rei vindicatio*'da davalı taraf olarak yer alabilecek yani aleyhine dava açılacak kişiler genişlemişti. Davacı olabilecek kişiler, *ius civile*'ye göre malik olan ancak maliki olduğu malı üzerindeki zilyetliği kaybedenler olarak bir grup şeklinde belirtirken, davalı olabilecekler üç grup olarak karşımıza çıkardı. Kanımızca Roma hukukunda davacının, aleyhine dava açabileceği kişilerin bu şekilde geniş tutulmaya çalışılmasının altında gerçek malikin tam anlamıyla korunabilmesi düşüncesi yer alırdı.

Rei vindicatio'da davalının hangi anda zilyet olması gerektiği konusunda bir belirsizlik vardı. Bu belirsizlik, Iustinianus döneminde “dava açıldığı sırada veya dava açıldıktan sonra (*alterutro momento* yani iki andan biri) fakat kesin karar verilmeden önce davalının zilyet olmasının gerektiği” şeklinde belirtilerek ortadan kaldırıldı²³⁶. Bu hususta, davalının iyiniyetli zilyet olup olmadığına bakılmazdı. Ancak zilyet, hileli bir şekilde zilyetliğini terk etmişse, dava onun aleyhine açılarak devam ederdi²³⁷. Yine bu çözüm yolunun da davacının lehine olduğu görülmektedir. Bu çözüm yolu, özellikle zilyet olan davalılar dışında diğer iki grup davalıya karşı (vazüyetler ve varsayıllı zilyetler) *rei vindicatio*'nun açılabilmesini kolaylaştırıcı nitelikteydi.

Rei vindicatio'da davalının hangi anda zilyet olması gerektiği konusunda Sabinianus ve Proculianus'lar arasındaki görüş farklılığı vardır²³⁸. Sabinianus'lar, hem *litis contestatio* aşamasının tamamlanması, hem de mahkeme kararının açıklanması anında, davalının mala zilyet olması şartını ararken, Proculianus'lar ise, davalının mahkum edilebilmesi için mahkeme kararının açıklanması anında zilyet olmasını yeterli

²³⁴ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 221; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 108.

²³⁵ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 283-284; Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 97; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 221 ve 224.

²³⁶ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 218; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 156.

²³⁷ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 225.

²³⁸ Bu görüş farklılıkları için bkz., Türkoğlu-Özdemir, **a.g.e.**, s. 100-108.

kabul etmektedirler²³⁹.

Roma hukukunda, *rei vindicatio*'da davalı olabilecek kişiler, farklı gruplar içinde ancak sınırlı sayıda idi. Türk medeni hukukunda ise istihkak davasının yöneltilebileceği kişiler dava açıldığı anda eşyaya zilyet olanlardır. Türk hukukunda, dava konusu eşyayı elinde bulunduran her çeşit zilyede karşı istihkak davası açılabilir. Bu nedenle istihkak davasının davalıları bakımından Roma hukukundaki gibi bir sınırlandırma söz konusu değildir²⁴⁰.

2.7. *Rei Vindicatio*'da İspat Yükü

İspat edilmemiş bir vakıa usul hukuku bakımından var olmayan bir vakıaya eşdeğerdedir (*idem non esse et non probari, non esse et non probari sunt unum et idem*)²⁴¹. İspatın temel işlevinin bu noktada karşımıza çıktığını söyleyebiliriz; “Vakıalardaki belirsizlikleri ortadan kaldırarak, hakimde yeterli bir kanaat oluşturmaktır”. Bu nedenle, ispatla yükümlü bulunan, iddia ettiği olay yada olayların belirsizliği halinde hakimde olayın gerçekleştiği kanaatini oluşturamazsa aleyhinde bir karar ile karşılaşabilir²⁴².

Hukukumuzda ispat yükü kuralları “maddî meseledeki belirsizliklere rağmen hakime hukukî mesele hakkında karar verme yükümlülüğü yükleyen maddî hukuka ilişkin kurallar” şeklinde ifade edilmektedir²⁴³. Türk hukukunda, ispat yüküne ilişkin kural Medeni Kanun madde 6'da “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür.” şeklinde belirtilir.

Rei vindicatio'da aktif veya pasif bir şekilde taraf olarak yer alabilecek kişilerin karşılıklı iddialarını ispatlaması gerekirdi²⁴⁴. Bu davada ispat yükünün hangi tarafın üzerinde olduğu belirlenirken, Roma hukukunun ispata ilişkin olan genel kurallarından hareket edilirdi. Roma hukukunda bu kuralların *Digesta*'da yer alan başlıcaları

²³⁹ Biz de, Proculianus'ların görüşünü uygun bulmaktayız. Davalının, haklarının korunabilmesi açısından uygun olan çözüm, davalının mala, mahkeme kararının açıklandığı sırada zilyet olmasıdır. Aynı, s. 105.

²⁴⁰ Bertan, **a.g.e.**, s. 292; Akipek, **a.g.e.**, s. 81; Karahasan, **a.g.e.**, s. 67.

²⁴¹ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II** (Yedinci Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), s. 613.

²⁴² Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İspat Yükü** (İkinci Basım. İstanbul: Kazancı Matbaacılık, 1980), s. 3; Oğuz Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı** (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001), s. 9; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 613.

²⁴³ Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 5-16; Atalay, **a.g.e.**, s. 14-16; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 613.

²⁴⁴ Roma usul hukukunda ispat ve deliller konusunda bkz., Küçükgüngör, İspat, **a.g.m.**, s. 478-497.

şunlardır²⁴⁵:

D. 22. 3. 2. :

“ *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*”

D. 22. 3. 2. :

“ İspat yükü, inkar eden üzerinde değil, iddia eden üzerindedir.”

D. 50. 17. 128. :

“ *In pari causa possessor potior haberi debet.*”

D. 50. 17. 128. :

“ Tarafların eşit olduğu durumda, zilyedin daha güçlü olduğu kabul edilmelidir.

D. 44. 1. 1. :

“ *Agere etiam is videtur, qui expectatione utitur: nam res expectatione actor est.*”

D. 44. 1. 1. :

“ Bir davada iddiayı reddeden ve yen iddialarda bulunan taraf, davacı gibidir.”

D. 22. 3. 19 pr. :

“ *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere.*”

²⁴⁵ Ceylan, a.g.m., s. 154-156.

D. 22. 3. 19 pr. :

“ Savunma yapan davalı, davacı gibi hareket etmeli ve iddiasını ispat etmelidir.”

Bu kuralların gereği olarak *rei vindicatio*'da ispat yükü ilk olarak davacının üzerindeydi²⁴⁶. Çünkü bu davayı açarken iddiada bulunan taraf davacıdır. Davacının, bu davada ilk olarak ispat etmesi gereken husus malın gerçek maliki olduğuydu²⁴⁷. *Rei vindicatio*'da davacının, dava açıldığı anda malik olması gerektiğinden ilk olarak bu hususun ispatlanmasının düşünülmesi mantıklıydı. Ancak Roma hukukunda malikliğin ispatının, hiç de kolay olmadığı görülür. Davacı mülkiyeti devren kazanmış ise malik olduğunu ispat edebilmesi için kendisinden önce mala malik olanların geçerli bir şekilde mülkiyeti kazandıklarını da ispat etmesi gerekirdi. Roma hukukunda bu zincirleme ispat yüküne “*probatio diabolica*” denirdi ve günümüzde bu ispat, zorluğundan ötürü “şeytanî ispat” şeklinde ifade edilmektedir²⁴⁸. Mülkiyeti aslen kazanan²⁴⁹ malik için böyle bir ispat güçlüğü yoktu. Ancak her toplumda olduğu gibi Roma toplumunda da mülkiyet çoğunlukla, hukukî ilişki içine giren kişiler arasında yapılan hukukî işlemler sonucunda devren kazanılmaktaydı. Davalının böyle bir ispat yükünün bulunmaması, onun bu davanın başında daha avantajlı bir konumda olmasını sağlardı²⁵⁰.

Bu ispat güçlüğü, Roma hukuku uygulamasında *rei vindicatio*'nun sıklıkla tercih edilen bir hukukî koruma yolu olmamasına neden oldu. Malik olanlar mülkiyet hakkını *rei vindicatio* ile korumaktansa zilyetliği koruyan *interdictum*'lara başvuruyorlardı²⁵¹.

²⁴⁶ İstihkak davası yalnız doğuşu bakımından değil aynı zamanda davanın devamı bakımından da mülkiyetin varlığına bağlıdır. Mülkiyet hakkı yoksa istihkak davası da yoktur. Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 223.

²⁴⁷ Metzger, **a.g.m.**, s. 211; Miller, **a.g.m.**, s. 46; Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 96; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 156; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 86.

²⁴⁸ Nicholas, **a.g.e.**, s. 155; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 218; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 170.

²⁴⁹ Mülkiyetin aslen iktisabı, ya daha önce üzerinde mülkiyet hakkı kurulmamış mallar üzerinde ya daha önce üzerinde mülkiyet hakkı kurulmuş ancak sonradan sahipsiz hale gelmiş olan mallar üzerinde mümkün olabilir. Mülkiyetin devren kazanılması hallerinden temel farkı, hukukî ilişki içine girilen bir malikin söz konusu olmamasıdır. Ertaş, **a.g.e.**, s. 266-267; Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, 272-273.

²⁵⁰ Miller, **a.g.m.**, s. 48.

²⁵¹ “Hukuken korunan fiilî bir durum niteliğinde olan zilyetlik, Roma hukukunda *interdictum*'lar aracılığıyla yani bir takım emir ve yasaklarla korunurdu. Zilyet, *praetor*'a *interdictum*'lar aracılığıyla zilyetliğine yapılan ihlallerin önlenmesini veya kaldırılmasını talep ederdi. Dava yolu ile korunan ise *ius*'tur ve *ius* hukukî bir durumdur. *Interdictum*'larla ise asıl korunan fiilî durumdur. Zilyetliğin birçok yerde mülkiyete karine olarak kabul edilmesi, fiilî bir durum olduğunu gösterirdi. Bu nedenle, Roma hukukunda zilyetliğin dava yolu ile korunması kabul edilmedi. Bir malın maliki aynı zamanda o malın

Rei vindicatio açmadan önce zilyetliği koruyan *interdictum*'lardan yararlanabilmek için *praetor*'lara başvurmak davacı için avantaj sağlardı. Çünkü, bu yollara başvurulduktan sonra istenilen koruma sağlanamazsa, davacı için çözüm yolu tükenmezdi. Davacı, daha sonra *rei vindicatio* açabilirdi²⁵².

Türk hukukundaki istihkak davası ile *rei vindicatio* arasındaki önemli bir farkta bu noktada karşımıza çıkar. *Rei vindicatio*'da mülkiyet hakkının ispatı oldukça ağır olmasına rağmen, istihkak davasında bu yük daha hafiftir. Bunun nedeni, Roma hukukunda mülkiyet karinelerinin kabul edilmemiş olmasıdır²⁵³.

İspat yüküne ilişkin olarak belirtilen bu genel kurallar, *legis actio* yargılamasının *rei vindicatio*'su olan *legis actio sacramentum in rem*'de farklı şekilde karşımıza çıkardı. *Legis actio sacramentum in rem* yukarıda incelenmişti²⁵⁴. Bu dava kalıbında, *magistra* önünde hem davacı hem de davalı istihkak iddiasında bulunduğu göre her iki tarafında ispat yükü büyük ölçüde eşitti. İspat yüküne ilişkin genel kurallar dikkate alındığında, her iki tarafta iddialarını ispatlamak zorundaydı. Ancak bu durum, diğer Roma hukuku yargılama sistemlerinde geçerli olmadı. Çünkü, *legis actio per sacramentum in rem* dışında diğer yargılama sistemlerinde davalının istihkak iddiasında bulunma zorunluluğu yoktu. Bu nedenle ispat yükü esas olarak davacının üzerinde idi.

Davacının ispat yüküne ilişkin bu zorluğun karşısında davacıya, mülkiyet hakkını kazandırıcı zamanaşımı ile kazandığını ispat edebilmesi olanağı getirildi. Zaten mülkiyetin kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasının ortaya çıkış nedenlerinin, *rei*

zilyedi olduğuna göre *rei vindicatio*'da davacı malikin, zilyetliği koruyan *interdictum*'lardan yararlanması kabul edilirdi. Bu *interdictum*'lardan başlıcaları, zilyetliğin devamını sağlayan *interdicta retinandae possessionis* ve zilyetliğin iadesini sağlayan *interdicta recuperandae possessionis* idi. Bu durumda *rei vindicatio*'da zilyetliği kaybeden malikin, özellikle zilyetliğin iadesini sağlayan *interdicta recuperandae possessionis*den yararlanması mümkündü." Watson, **a.g.e.**, s. 13; Metzger, **a.g.m.**, s. 210 ve 212; Nicholas, **a.g.e.**, s. 108-109; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 121; Umut, Eşya, **a.g.e.**, s. 99-101 ve 110.

²⁵² Metzger, **a.g.m.**, s. 210.

²⁵³ Türk Medeni hukukunda mülkiyete ilişkin olan karineler, Medeni Kanun 985. ve 986. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde halihazır zilyetler lehine ve eski zilyetler lehine mülkiyet karineleri ile ayrıca başkasının mülkiyet karinesinden yararlanmadan söz edilmektedir. Bu durumda istihkak davasında, davacının Medeni Kanun 985. maddesinin 2. fıkrasında eski zilyetler lehine getirilmiş mülkiyet karinesinin sonuçlarından yararlanabilir. Bu sonuçlardan biri olarak eski zilyetler, yeni zilyetlere karşı açtıkları davalarda, mülkiyet karineleri zilyet oldukları zamanla sınırlı olduğundan, mülkiyet hakkına bu dönemde sahip olduğunu ispatlamaları gerekir. Bu nedenle, Roma hukukunda *rei vindicatio*'da olduğu gibi kendilerinden önce mala malik olanların mülkiyet haklarının geçerli olduğunu ispatlamaları gerekirdi. Bertan, **a.g.e.**, s. 286; Ertaş, **a.g.e.**, s. 96-97.

²⁵⁴ Bkz., yuk. Bölüm 2.2.2.2.

vindicatio'da davacının ispat zorluğunun ortadan kaldırılmasına hizmet ettiği görülür. Roma hukuku kaynaklarında, kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasının ortaya çıkış nedenlerinin, mülkiyet hakkı üzerinde söz konusu olabilecek belirsizliklerin giderilmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir²⁵⁵.

Gai. 2.30. :

“Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent.”

Gai. 2.30. :

“Eşyanın mülkiyeti uzun zaman belirsizlik içinde kalmasın diye bunun kabul edildiği görülüyor.”

D. 41.3.1. :

“Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia esset, cum sufficerat dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.”

D. 41.3.1. :

“Kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap genel bir yarar için, yani eşyanın mülkiyeti uzun zaman ve belki sürekli olarak belirsizlik içinde kalmasın diye ortaya çıkmıştır. Böylece malike de mallarını araması için yeterli zaman bırakılmaktadır.”

Rei vindicatio'ya neden olan olayda, dava konusu mal üzerinde mülkiyet hakkına ilişkin bir uyuşmazlık vardı. Bu uyuşmazlık sonucunda kimin malik olduğu konusunda bir belirsizlikle karşılaşılırdı. Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanıldığı ispat edilmesi ile bu belirsizliklerin önüne geçilirdi. Bu nedenle davacı zamanaşımı ile mülkiyet hakkını kazanmışsa, bu durumu ispat etmekle kendisinden önce mala malik

²⁵⁵ Nicholas, **a.g.e.**, s. 122; Ahmet Nadi Günel, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Kazandırıcı Zamanaşımı ile İktisabının Yeri ve Önemi,” **AÜHFĐ**, Cilt no 47, Sayı no 1-4: 119-136, (1998), s. 126-127.

olanların mülkiyet durumlarını araştırma yükümlülüğünden kurtulurdu²⁵⁶.

Davacı, bu şekilde malik olduğunu ispat ederek, davalının malik olmadığını da ispat etmiş olurdu. Bu davada davacı, gerçek malik olduğunu ispat ederse davayla amaçlanana yani davaya konu olan malın iadesini elde ederdi. Davalının ise, herhangi bir karşı iddiada (savunmada) bulunmadığı sürece, bir ispat yükü bulunmamaktaydı. Bu nedenle *rei vindicatio*'nun başında davalı zilyet (veya diğer grup davalılar) avantajlı durumdaydı. Davalının ispat yükü, iddia eden ispat eder kuralı gereği, davada kendi lehine iddialarda bulunduğu zaman doğardı²⁵⁷.

Davacı, iddialarını ispat edemezse, davalı açısından değişen bir durum olmazdı. Ancak davanın gidişatına göre davalı da karşı iddia veya iddialarda bulunduğu zaman bunları ispatla yükümlü olacağından, karşılıklı iddiaları dinleyen hakim, iddialarını en iyi şekilde ispatlayan taraf lehine kararı verirdi.

2.8. *Rei Vindicatio*'da Davalının İleri Sürebileceği Def'iler

Def'î, *formula*'ya eklenmiş, davalıya ait savunma olanağıydı. Davalı, davacının iddiasını kabul etmiyorsa savunma yapmalıdır. Bu savunmalar maddî hukuktan yada usul hukukundan kaynaklanır²⁵⁸. Hukukumuzda, usul hukukunda ve maddî hukukta karşımıza çıkan savunma sebepleri şeklindeki ayrımın Roma hukukunda yapıldığını söyleyemeyiz. Bunun sebebi ise Roma hukukunda maddî hukukla usul hukukunun iç içe girmiş bir görünümde olmasıydı²⁵⁹.

Hukukumuzda zamanaşımı def'î, ödenmezlik def'î gibi örneklerle karşımıza çıkan def'î ile davalı, kanunun kendisine tanıdığı olanak ile borcu olduğu bir edimi

²⁵⁶ Günel, **a.g.m.**, s. 126; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 86-87.

²⁵⁷ “Türk hukukunda da aynı durum geçerlidir. MK. m. 6'da yer alan ifadeden bu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Bir davada karşı tarafın iddialarının asılsız olduğunu ispatlayabilmek ve kendi lehine karar verilmesini sağlayabilmek için vakıalar hakkında deliller sunma imkanına sahiptir. Soyut delil ikame yükü olarak da ifade edilen bu imkan, ispat yüküne paraleldir.” Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 34; Atalay, **a.g.e.**, s. 16.

²⁵⁸ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku** (On üçüncü Basım. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2001), s. 375; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku** (Üçüncü Basım. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2004), s. 257; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 342-343

²⁵⁹ Her ne kadar bu savunma sebeplerinden biri olan def'î, Türk hukukunda maddî hukuktan ve usul hukukundan kaynaklansa da bu çalışmada *rei vindicatio*'da davalının ileri sürebileceği savunma sebepleri, genel bir başlık olarak def'î altında incelenecektir.

geçici veya devamlı olarak yerine getirmekten kaçınma hakkını elde eder²⁶⁰. *Legis actio* yargılamasında, def'îlere rastlanılmazdı. Çünkü, Roma hukukunda *exceptio* yani def'î, *formula* yargılamasında *praetor*'ların, *ius civile* kuralları karşısında getirdikleri en önemli koruma araçlarından biriydi²⁶¹. Def'îler sayesinde, davalının haksız yere mahkum edilmesi önlenirdi. *Exceptio*'lar, *intentio*'nun doğruluğuna rağmen davalıyı mahkûmiyetten kurtaran bir yoldu. Yani *exceptio*, *intentio*'nun gereği olarak *condemnatio*'da belirtilen mahkûmiyet emrine istisna bir şekilde hakimnin davranmasını gerektirirdi.

Gai. 4.116. :

“*Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari...*”

Gai. 4.116. :

“*Exceptio*'lar bir dava da davalıların korunması için tanınmışlardır. Çünkü bazen *ius civile* bakımından borçlu olan bir kimsenin mahkum edilmesi hakkaniyete aykırı düşmektedir.”

Gaius, *exceptio*'ların, *ius civile*'nin katı şekilciliği karşısında ortaya çıkabilen bazı hakkaniyete aykırı durumların ortadan kaldırılması zorunluluğu ile tanındığından söz etmektedir. Gai. 4.116'dan, borçlu davalılar yani bir anlamda *in personam* davaların davalıları için böyle bir olanak tanındığı gibi bir sonuç çıksa da, Gai. 4.117'de aynî davalar bakımından da *exceptio*'ların ileri sürülebileceği belirtilmektedir.

Gai. 4.117. :

“*In his quoque actionibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent.*”

²⁶⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 376; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 258; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 346-347.

²⁶¹ Schwarz, **a.g.e.**, s. 304.

Gai. 4.117. :

“*In personam* olmayan davalarda da *exceptio* ileri sürülebilir.”

Roma hukukunda haksız fiil benzeri (*quasi delictus*) olarak karşımıza çıkan durumlardan biri, hile yani *dolus*'tur²⁶². Çıkar sağlamak amacıyla bir kimsenin aldatıcı davranışlarla gerçek durumu bilseydi yapmayacağı işlemleri yapmasını sağlamak hileli bir davranıştır. Bu davranışların kapsamı zamanla genişleyerek dürüstlüğe (*bona fides*) aykırı nitelikte olan davranışların tümü hileli davranışlar kapsamına dahil edildi²⁶³. Roma hukukunda, hileye karşı bağımsız nitelikteki önlemler, pasif nitelikteki hile def'i (*exceptio doli*), aktif nitelikteki hile davası (*actio doli*) ve uygulaması az olan eski hale getirme talebinden (*restitutio in integrum*) oluşurdu²⁶⁴. Bu önlemlerden biri olan hile def'i (*exceptio doli*) olanağını Aquilius Gallus adındaki *praetor*, hileli davranışlardan zarar görenleri korumak için sağladı. Hile def'i (*exceptio doli*), hile ile kandırılarak hukukî işlem yapan kişinin, bu işlemde doğan borcunu yerine getirmemesi durumunda kendisine karşı açılan dava da, mahkûmiyeti önleyebilmesi için tanınmış bir olanaktı²⁶⁵. Bu olanağa *rei vindicatio* davalısı, dava konusu mal için yaptığı masrafların (*impensea*) ödenmesi için sahipti. Davalı, hile def'i (*exceptio doli*) ile dava konusu mal üzerinde yaptığı masrafların karşılığı ödeninceye kadar *ius retentionis* denilen hapis hakkına sahip olurdu²⁶⁶. Klasik hukuk döneminde bu def'i olanağından yararlanabilecek olanlar iyiniyetli zilyetlerdi. Iustinianus döneminde, kötü niyetli zilyetlere, sınırlı bir biçimde yalnızca yaptığı zorunlu masraflar konusunda bu def'i olanağı tanındı²⁶⁷. Burada yapılan masraflar konusunda davalının, vekaletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemelerden yararlanabilmesi de düşünülebilirdi. Nitekim Iustinianus döneminde bu da mümkün oldu. Ancak daha sonraları, vekaletsiz iş görme davasını bağımsız bir şekilde açmak

²⁶² Nicholas, **a.g.e.**, s. 223.

²⁶³ Elvan Sütken, “Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri.” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003), s. 94; Koschaker, **a.g.e.**, s.160.

²⁶⁴ Mengü Gökçe, “Roma Hukukunda Hile (*Dolus*).” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003), s. 94.

²⁶⁵ Gökçe, **a.g.e.**, s. 94.

²⁶⁶ Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 99; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 226-227; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 160-161.

²⁶⁷ “Kendisine ait olmayan mala hakkı olmadığını bilerek zilyet olan kötüniyetli zilyet iken bu malı davacının hakları ile çatıştığını bilmeden elinde bulunduran iyiniyetli zilyettir. Dava açıldıktan sonra davalının iyiniyetli olabileceği kabul edilemez. Bu nedenle iyiniyetin, *litis contestatio* öncesinde olması gerekirdi.” Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 159.

yerine bu dava *rei vindicatio*'ya eklenmesi olanağı yaratıldı²⁶⁸.

Davalının yaptığı masraflar için sahip olduğu hile def'i (*exceptio doli*) imkanı, davalının dava konusu mal üzerinde sahip olduğu sınırlı aynî haklar (*iura in re aliena*) bakımından da mümkündür. Ancak, bu def'i olanağı yalnızca sınırlı aynî haklar için söz konusu oldu. Şahsî hak sahibi davalılar bu def'i olanağından yararlanamazlardı. Bu haklarda aradaki ilişkiye dayanılarak dava açılması düşünülebilirdi²⁶⁹.

Rei vindicatio'da ileri sürülebilecek olan en önemli def'i, "*exceptio rei venditae et traditae*" yani satılmış ve teslim edilmiş malın def'idir. Mesela, (A), (B)'ye sattığı bir kölesinin mülkiyetini ona devretmek zorundadır. Köle bir *res mancipi* olduğundan, mülkiyetinin nakli, *mancipatio* veya *in iure cessio* işlemlerinden birinin yapılması ile mümkündür. Eğer (A), köleyi sadece *traditio* ile (B)'ye devrederse, *ius civile*'ye göre, mülkiyet hakkı yine (A)'da kaldığından, (A), (B)'ye karşı *rei vindicatio* açarak teslim ettiği kölenin kendisine verilmesini isteyebilir. Burada (A), iyiniyetle hareket etmemiştir. Çünkü (B), (A)'ya kölenin parasını ödemiş ve (A)' da bunu kabul etmiştir. Burada her ne kadar (B), *ius civile* kurallarına göre malik olmasa da korunması hakkaniyetin gereğidir ve bu korumayı kendisine sağlayacak olan yani *rei vindicatio* ile mahkum edilmesini önleyecek olan *exceptio rei venditae et traditae* yani satılmış ve teslim edilmiş malın def'idir²⁷⁰. Davalıya bu def'i olanağının sağlanması hakkaniyetin gereğidir. Aksi halde davalı mülkiyetin kazandırıcı zamanaşımından yararlanamazdı²⁷¹.

Rei vindicatio ile davalının sahip olabileceği bir diğer def'i ise *praescriptio longi temporis* yani uzun zaman def'idir²⁷². Davacı, kazandırıcı zamanaşımı ile malik olduğunu ispat edebilme olanağına sahip olduğu gibi, davalı da aynı olanağa sahipti.

²⁶⁸ Bu gelişme, *rei vindicatio*'nun niteliğinde etkili olmuştur.

²⁶⁹ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 227; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 161.

²⁷⁰ Bu def'inin bir diğer önemli özelliği de *praetor* mülkiyeti kavramının oluşmasına yol açmış olmasıydı. Bu def'i ye ilişkin örnek için bkz., Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 268-269; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 228; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 117; Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 96-97.

²⁷¹ Nicholas, **a.g.e.**, s. 125.

²⁷² "*Praescriptio longi temporis* Klasik hukuk dönemi sonlarında ortaya çıktı. Iustinianus dönemine kadar yalnızca bir def'i imkanı olarak nitelendirildi. Iustinianus döneminde ise mülkiyetin zamanaşımı ile kazanılması işlevine sahip bir kurum oldu. Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması için *usucapio* ifadesi kullanılırdı. Ancak, Iustinianus döneminde *praescriptio longi temporis* kazandırıcı zamanaşımı niteliği kazandığında, taşınırın mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılması için *usucapio*, taşınmazların mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılması için *praescriptio longi temporis* ifadesi kullanılmaya başlanmıştır." Günel, **a.g.m.**, s. 125-126.

Bunu sağlayan ise uzun zaman def'îdir. Bu def'î olanağından sadece iyiniyetli zilyetler yararlanırdı ve kazandırıcı zamanaşımında geçerli olan süreler burada da geçerliydi²⁷³.

Davaların iki aşamalı olduğu yargılama sistemin *apud iudicem* aşamasında hakim, tarafların iddialarını dinledikten sonra mahkûmiyet yada beraat kararı verirdi. Bu karardan (*sentantia*) sonra aynı taraflar aynı uyuşmazlık konusunda dava açamazdı (*bis de aedem re ne sit actio*) ve bu kural, sistem dışı yargılama usulünde de geçerliydi. “Kesinleşmiş hüküm gerçeği ifade eder. (*res iudicata pro veritate accipitur*)” anlayışının sonucu olarak getirilen bu kurala rağmen taraflar aynı konuda dava açmak istediklerinde *praetor* davalıya kesin hüküm def'î (*exceptio iudicatae*) olanağı tanıyarak davayı reddederdi²⁷⁴. Bu nedenle aynı konuda ikinci defa *rei vindicatio* açmak isteyen davacı, davalının ileri sürdüğu kesin hüküm def'î (*exceptio iudicatae*) ile karşılaşırđı. Dolayısıyla böyle bir def'î ile karşılaşacağını bilen davacı, aynı konuda ikinci defa dava açmazdı.

²⁷³Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması için öngörülen süreler; İtalya arazisi bakımından iki yıl, menkuller bakımından bir yıldır. Eyalet arazileri bakımından ise iki süre öngörölmüşü. Bu süreler, taraflar aynı şehirde (Iustinianus döneminde eyalette) iseler on yıl, farklı (Iustinianus döneminde eyalette) iseler yirmi yıl boyunca zilyetliğin sürmesi zorunluluğu vardı. Iustinianus döneminde menkuller için öngörölen bir yıllık süre üç yıla çıkarıldı. Nicholas, **a.g.e.**, s. 122 ve 128.

²⁷⁴Di Marzo, **a.g.e.**, s. 126-127; Honig, **a.g.e.**, s. 119; Ventura, **a.g.e.**, s. 197; Schwarz, **a.g.e.**, s. 290; Umur, Hakların Himayesi, **a.g.e.**, s. 260, 278-283; Tahiroğlu/Erdoğmuş, Usul, **a.g.e.**, s. 27-28, dn.28; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 328.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REI VINDICATIO'NUN ROMA EŞYA HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

1. GENEL OLARAK

Roma hukukunda, hak ve dava kavramlarının bütünleşmiş kavramlar olarak karşımıza çıkması, maddî hukuk-usul hukuku ayrımının kolaylıkla yapılamamasına neden olmuştur. Oysa usul hukuku, maddî hukukun temini için gerekli kuralları olan hukuktur. Bu noktada yapılması gereken ayırım Roma hukukunda kesin çizgilerle yapılmadı ve usul hukuku, maddî hukukla birlikte ele alındı. Bu durum, Romalıların hak (*ius*) ve dava (*actio*) arasındaki sıkı ilişkide, *actio*'yu aynı zamanda bir *ius* olarak görmelerinin bir sonucu²⁷⁵.

Hak (dolayısıyla mülkiyet hakkı) ve dava kavramları *rei vindicatio*'nun özünü oluşturduğundan, *rei vindicatio*'nun iki farklı boyutu karşımıza çıkardı. *Rei vindicatio*'nun, Roma eşya hukuku bakımından incelenmesi için usul hukukuna ilişkin belirlemelerin yapılması gerekir. Bu nedenle, *rei vindicatio* usul hukuku boyutundan sonra bu bölümde eşya hukuku bakımından incelenecektir.

Türk hukukunda istihkak davasının, İcra ve İflas Kanunu'nda, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da ve Medeni Kanun'da çeşitli şekillerde karşımıza çıktığı görülür²⁷⁶. Oysa, Roma hukukunda mülkiyet hakkını koruyan tek bir *rei vindicatio* vardı²⁷⁷ ve Gaius'un hukuka ilişkin olarak yaptığı sınıflandırmada, maddî

²⁷⁵ Tahiroğlu/Erdoğan, Usul, **a.g.e.**, s. 6, dn. 7-8.

²⁷⁶ İcra ve İflas Kanunu'nun 96-99. maddeleri arasında hacizde istihkak davası, aynı Kanun'un 228. maddesinde iflasta istihkak davası düzenlenir. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 66-68. maddeleri arasında düzenlenmiş olan istihkak davası da bulunur. Medeni Kanun'da ise 683. maddede düzenlenen istihkak davası diğer istihkak davalarının esasını oluşturur. Yine aynı kanunun 637-639. maddeleri arasında miras sebebiyle istihkak davası düzenlenmektedir.

²⁷⁷ Gai. 4.5. ve I. 4.6.15.'te aynı hakları koruyan davalar için genel olarak *vindicatio* ifadesi kullanıldığı belirtilmektedir. Buradan çıkarılacak sonuç *vindicatio* yani hakimiyet altına almaya ilişkin çeşitli davalar vardı. *Vindicatio ususfructus*, *vindicatio servitutis*, *vindicatio usus* gibi davalar mülkiyetten gayri aynî hakları yani sınırlı aynî hakları (*iura in re aliena*) koruyan davalar olarak karşımıza çıkardı. Yine Roma miras hukukunda karşımıza çıkan *legatum per vindicationem*'de muayyen mal vasiyetinde, vasiyet edilenin kendisine verilmeyen vasiyet edilen malın geri alabilmesi için açabileceği bir dava olarak karşımıza çıkardı.

hukukun bir parçası olan mallara ilişkin hukuka ve davalara ilişkin hukuka dahil edilirdi. Aslında Türk hukukunda da benzer durum söz konusudur. Çünkü Medeni Kanun madde 683'te yer alan ve diğer kanunlarda düzenlenen istihkak davalarının esasını oluşturan istihkak davası, eşya hukukunda incelenmektedir²⁷⁸.

2. *REI VINDICATIO* İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

2.1. Genel Olarak

Rei vindicatio için gerekli olan şartlardan maksat, bu davanın açılabilmesi için gerekli olan şartlar değildir. Burada sözü edilen şartların, *Quirites* hukukuna göre geçerli bir biçimde mülkiyet hakkına sahip olabilmenin şartlarına paralel oldukları söylenebilir. Çünkü bu dava, eski adıyla *Quirites* mülkiyetini (sonraki adıyla *ius civile* mülkiyetini) koruyan bir davaydı ve mülkiyet hakkı ihlal edilen kişinin bu davayı açabilmesi, geçerli bir şekilde bu mülkiyeti kazanmış olmasına bağlıydı. Bu davada, davacının malik olduğunu ispat etmesi, kendisinden öncelikle beklenen husustu. Bu nedenle, burada incelenecek olan şartların, gerçek bir malikin açtığı bir *rei vindicatio*'da davanın kabul edilebilmesi için gerekli olan şartlar olduğu öncelikle belirtilmelidir. Bu şartların yokluğu halinde açılan *rei vindicatio*'nun davacısına sağlayacağı herhangi bir menfaat söz konusu olamazdı.

Dominium ex iure quiritum yani *Quirites* hukukuna göre mülkiyetin, Klasik hukuk döneminde yerleşmiş olan bir mülkiyet olduğu ve bu mülkiyetten söz edebilmek için belirli durum ve şartların birlikte gerçekleşmiş olması gerektiği, aksi halde bu şart ve durumlara uygun olmayanlar için mülkiyetin kazanılmasından söz edilemeyeceği daha önce belirtilmişti²⁷⁹. Buna göre *Quirites* hukukuna göre mülkiyetin sahibi yalnız Roma vatandaşı olanlar ve kısıtlı olarakta *Latinus*'lar olabilirdi. Ayrıca bu kişilerin sahip olabilecekleri mallar bakımından *res mancipi-res nec mancipi* ayrımından hareket edilmesi ve bu malların öngörülen devir işlemleri ile devri gerekirdi.

²⁷⁸ Kudret Aslan, **Hacizde İstihkak Davası** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), s. 14; Şanal Görgün, **İflasta İstihkak Davası** (Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1977), s. 9 ve18.

²⁷⁹ Bkz., yuk. Bölüm 1.3.4.

Bu şartlara sahip olan gerçek bir malikin (*Quirites* hukukuna göre malikin) mülkiyet hakkının ihlali ile karşımıza *rei vindicatio* çıkardı. Bu nedenle *rei vindicatio* için gerekli olan şartlardan bir diğeri ise mülkiyetin ihlalidir.

2.2. Davacının *Quirites (Ius Civile)* Hukukuna Göre Geçerli Bir Şekilde Mülkiyetin Kazanması

2.2.1. Dava Konusu Olan Mal Bakımından

Rei vindicatio'dan söz edebilmek Roma hukukunda mallara ilişkin olarak yapılan *res mancipi-res nec mancipi* ayrımından hareket edilirdi. Bu ayrımın ana kelime olan *mancipatio*, *manu* ve *capere* kelimelerinden türemiş ve "el ile tutulan" anlamına gelirdi²⁸⁰. Roma hukukunda mallar değişen dönemlere göre farklı biçimlerde sınıflandırılırdı²⁸¹. Buna rağmen, Roma hukukunda malların ana sınıflandırılması, *res mancipi-res nec mancipi* şeklinde idi.²⁸² Roma hukukunda mallara ilişkin olarak karşımıza çıkan diğer ayrımlar²⁸³ yerine *res mancipi-res nec mancipi* ayrımından hareket edilmesinin nedeni, *Quirites* hukukunun bu ayrımı benimsemiş olmasıydı.

Res mancipi-res nec mancipi, Roma hukukunda Klasik hukuk dönemi sonlarına kadar malların en önemli sınıflandırılması olarak karşımıza çıkardı²⁸⁴. Bu sınıflandırmanın, tam olarak hangi esaslar gözetilerek yapıldığı belirsizdir²⁸⁵. Çünkü mallara ilişkin olarak yapılan diğer sınıflandırmalarda, genel olarak malın belirgin bir niteliği esas alınırdı.

Res mancipi ve *res nec mancipi*'lerin içeriğine dahil olan mallar belliydi. *Res mancipi* olanlar; *solum italicum* yani İtalya arazisi, *servitutes praediorum rusticorum* yani İtalya arazisi üzerinde kurulan tarımsal irtifak hakları, *servus* yani köleler ve son

²⁸⁰ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 110.

²⁸¹ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 41 ve 45.

²⁸² Nicholas, **a.g.e.**, s. 105; Watson, **a.g.e.**, s. 11; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 110; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 141; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 10.

²⁸³ Roma hukukunda mallar, aynî hakların konusunu oluşturup oluşturmamalarına göre malların çeşitli belirgin nitelikleri dikkate alınarak ayrımlara tabi tutulmuştur. Örneğin, aynî hakların konusunu oluşturan mallar için *res corporales-res incorporales* (maddî- maddî olmayan mallar), *res mobiles-res immobiles* (taşınabilir- toprağa bağlı mallar), *res divisibiles-res nec divisibiles* (bölünebilir-bölünemez mallar), *res fungibiles-res nec fungibiles* (misli-misli olmayan mallar) gibi ayrımlar karşımıza çıkardı.

²⁸⁴ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 45.

²⁸⁵ Watson, **a.g.e.**, s. 11.

olarak *animalia collo dorsove domari solent* yani boyun ve sırt gücünden yararlanan yük ve çeki hayvanlarıydı²⁸⁶. Tek tek değil, ancak bir bütün olarak bakıldığında *res Mancipi* kapsamında olan bu malların ortak özelliklerinin tarıma ilişkin oldukları görülür. *Res nec Mancipi*'ler ise bu sayılanların dışındaki tüm mallardı.

Rei vindicatio ile korunan *Quirites* yani *ius civile* mülkiyetine konu olan mallar, *res Mancipi*'ler ile *res nec Mancipi*'lerden yalnızca taşınır olanlardı. Bu nedenle *rei vindicatio*'da önem taşıyan malların büyük bir bölümünü *res Mancipi*'ler oluştururdu. Gaius, *res Mancipi*'lerin en önemli mal grubunu oluşturduğunu kabul eder²⁸⁷. Bu sınıflandırmada yer alan malların mülkiyeti, farklı işlemlerle (*Mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio*) devredilirdi²⁸⁸.

Iustinianus döneminde bu sınıflandırma tamamen ortadan kalktı ve yerini *res mobiles-res immobiles* yani taşınır-taşınmaz mallar aldı. Yine aynı dönemde İtalya arazisi ve eyalet arazisi arasındaki farklar ve daha sonra eyalet arazisi kavramı ortadan kalktı²⁸⁹.

Kural olarak, davacı birden fazla malı talep ederse bu mallar bir bütünün parçaları niteliğinde olsa bile her bir mal için ayrı ayrı *rei vindicatio* açılması gerekirdi²⁹⁰. Ancak *res Mancipi* veya *res nec Mancipi*'lerin, ayrı ayrı birden çok malın eşit öneme sahip bir şekilde bir araya gelmesiyle oluşan hayvan sürüsü veya birikmiş para gibi mal topluluğu niteliğini kazandığı durumlarda bu mallar üzerinde tek bir *rei vindicatio* açılabilirdi²⁹¹.

²⁸⁶ Miller, **a.g.m.**, s. 44; Nicholas, **a.g.e.**, s. 103 ve 105; Watson, **a.g.e.**, s. 11; Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 6; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 45; Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 141; Tahiroğlu, **a.g.e.**, s. 16 ve 35. Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 10.

²⁸⁷ Gai. 2.14a-17'de, *res Mancipi-res nec Mancipi*'lerden bahsedilmektedir. Bu paragraflara göre, yük ve çeki hayvanı olarak kullanılacak hayvanlar arasında çeşitli ayrımlar yapıldı. Örneğin, Gai. 2.16'da, deve ve filin, evcilleştirilmiş olsalar bile *res Mancipi* olarak kabul edilmediği belirtilmektedir.

²⁸⁸ "Res Mancipi-res nec Mancipi ayrımının Roma hukuku uygulamasında bir diğer faydası da kadınlar üzerindeki vesayette karşımıza çıkardı. Kadın *res Mancipi*'leri ancak *auctoritas tutoris* ile, yani yapacağı işleme vasiyi dahil ederek, bu işlemin yapılması esnasında vasiinin de bulunmasını sağlayarak ve onun iradesini alarak devredebilirdi." Oğuzoğlu, Roma, **a.g.e.**, s. 141.

²⁸⁹ Nicholas, **a.g.e.**, s. 106; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 46-47; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 110; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, 196.

²⁹⁰ Umur, **a.g.e.**, s. 87; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 283.

²⁹¹ D.6.1.1.3, D. 6.1.23.5, D. 6.1.56.; Türkoğlu-Özdemir, **a.g.e.**, s. 97-99.

2.2.2. Davayı Açanların Statüsü Bakımından

Rei vindicatio'yu açmaya yetkili olanların *Quirites* hukukuna yani *ius civile*'ye göre malik olanlar olduğu daha önce belirtilmişti²⁹². O halde *ius civile*'ye göre malik olabilecek kişilerin belirlenmesi gerekir. Bu noktada, karşımıza çıkan *status civitatis* yani Roma vatandaşı (*cives Romani*) olma şartı, *ius civile*'ye göre geçerli bir biçimde malik olabilecekler bakımından da geçerliydi.

Roma vatandaşlığı doğum yoluyla, azat etme ile veya tevcih denilen, Roma devletine yararları olmuş yabancılara devlet tarafından, bireysel veya toplu biçimlerde vatandaşlık tanınması ile kazanılırdı²⁹³. *Ius civile*'ye göre geçerli bir biçimde kurulmuş olan evlilikten doğan çocuğun Roma vatandaşı olduğu kabul edilirdi. *Ius civile*'ye göre geçerli bir evlilik yoksa annenin vatandaşlığına bakılırdı. Romalı kadın ve bir yabancı erkekten doğan çocuk için ilk dönemlerde annenin, sonraki devirlerde ise yabancının vatandaşlığı kabul edildi²⁹⁴.

Roma vatandaşları için var olan hukukun, yabancılar için uygulanamayacağı *ius civile* tarafından kabul edildi²⁹⁵. Yabancılardan *Latinus*'lar, ayrıcalıklı bir grup olarak karşımıza çıkardı. Bu ayrıcalıklar, özellikle aile ve eşya hukukunda görülürdü. En önemli ayrıcalığın ise, bunların *ius commercium*'a sahip olmasıydı²⁹⁶.

Bu durum, malik olabilecekleri sınırlardı. Ancak, M.S. 212 yılında imparator Caracalla'nın *constitutio antoniniana* adı verilen emirnamesi²⁹⁷ ile Roma İmparatorluğu sınırları içinde bulunan herkese yurttaşlık tanınınca, *Quirites* mülkiyetinin ve dolayısıyla *rei vindicatio*'nun uygulama alanı genişlemiştir²⁹⁸. Yabancılar *praetorluğunun* (*praetor peregrinus*) kurulmasından sonra bu *praetorluğun* yabancılara uyguladığı hukuk kuralları sonucunda oluşturulan *ius gentium* ile yabancılardan mülkiyet hakkı bu hukukun kurallarına göre korunmaya başladı. Bu durum, yabancılardan

²⁹² Bkz., yuk. Bölüm 1.3.4.

²⁹³ Watson, **a.g.e.**, s. 37-39; Erdoğan, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 112-113; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, 377-378.

²⁹⁴ Erdoğan, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 112-113; Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, 377.

²⁹⁵ Schwarz, **a.g.e.**, s. 243.

²⁹⁶ *Ius commercium* için bkz., yuk. dn. 123.

²⁹⁷ D. 1.5.17.

²⁹⁸ Honig, **a.g.e.**, s. 317; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 118.

mülkiyetinin korunması konusundaki eksikliği ortadan kaldırmıştır.

2.2.3. Mülkiyetin Devri İşlemleri Bakımından

Roma hukukunda mülkiyetin, *ius civile*'ye göre geçerli bir biçimde kazanılmasını sağlayan en önemli şart, *ius civile*'nin kabul ettiği devir işlemleri olan *mancipatio*, *in iure cessio* ve *traditio* ile yapılması idi. Ayrıca bu işlemlerin de geçerli bir biçimde yapılması gerekirdi.

Res mancipi ve *res nec mancipi*'ler için, sayılan mülkiyetin devri işlemleri bakımından ayırım yapılırdı. *Res mancipi*'lerin mülkiyetinin devri, şekle tabi *mancipatio* ve *in iure cessio* ile yapılırken, *res nec mancipi*'lerin mülkiyetinin devri, şekle tabi olmayan *traditio* yani teslim ile yapılırdı²⁹⁹. O halde, bir *res mancipi*'nin, örneğin bir kölenin mülkiyetinin, *traditio* ile devri, geçerli bir devir işlemi değildi. Aynı şekilde bir *res nec mancipi*'nin mülkiyetinin *mancipatio* ile devri, mülkiyetin geçerli bir şekilde devrini sağlamazdı. Ayrıca, mülkiyetin geçerli bir şekilde devrinden söz edebilmek için, bu devir işlemlerinin öngörülen şekillerde yapılması gerekirdi.

Gaius'un tarifinde *mancipatio* işlemi şu şekildedir³⁰⁰:

Gai. 1.119. :

“Est autem mancipatio...imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur; adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: “Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra”; deinde aere percutit libram idque aes dat ci a quo mancipio accipit quasi pretii loco.”

²⁹⁹ Miller, **a.g.m.**, s. 49-55; Nicholas, **a.g.e.**, s. 103, 116 ve 117; Watson, **a.g.e.**, s. 11.

³⁰⁰ Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 194 (naklen).

Gai. 1.119. :

“*Mancipatio*, hayali bir satımdır. Roma vatandaşları hukukuna özgü olan bu işlem şöyle yapılır: En az beş yetişkin Roma vatandaşı şahidin ve aynı durumda olan, bronz bir terazi tuttuğu için *libripens* (terazi tutan) ismiyle belirtilen bir kimsenin önünde malı iktisap edecek olan şahıs, mala dokunarak şöyle söyler: “Bu kölenin *Quirites* hukukuna göre bana ait olduğunu beyan ediyorum; şu bronz külçesi ve şu terazi ile, tarafımdan satın alınmış olsun.” Bundan sonra, bronz külçesi ile teraziye vurur ve bronz külçesini, kendisinden malı almış olduğu kimseye semenmiş gibi, verir.”

Görülmektedir ki, *mancipatio*, daha çok satılmış bir malın mülkiyetini devretmeye yarayan hayalî bir işlemi. Toplamda sekiz kişi (beş şahit, malı alan, malı devreden ve terazi tutan) ile terazi, bronz külçe gibi eşyalarla yapılan zor bir işlemi. Yapılan devir işleminde aleniyeti sağlamak bakımından yararları olsa da zamanla önemini yitiren ve Iustinianus döneminde ortadan kalkan bir işlem oldu³⁰¹.

Gaius’un tarifinde *in iure cessio* işlemi ise şu şekildedir³⁰²:

Gai. 2.24. :

“*In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani veluti praetorem vel apud praesidem provinciae, is eui in iure ceditur, rem tenens ita dicit: “Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aic.” Deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit an contra vindicet; quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis aetio vocatur. Hoc iuri potest etiam in provinciis apud praesides earum”*

³⁰¹ Miller, **a.g.m.**, s. 50; Nicholas, **a.g.e.**, s. 104-105.

³⁰² Umur, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 195 (naklen).

Gai. 2.24. :

“*Magistra* önünde terk, şu şekilde olur: Bir Roma *magistra*’sı, mesela *praetor* veya eyalet *magistra*’sı önünde, kendisine mal devredilen kimse, malı tutarak şunu beyan eder: “Bu kölenin (malın köle olduğu farz edilerek) *Quirites* hukukuna göre bana ait olduğunu beyan ediyorum”. O böylece istihkak talebinde bulunduktan sonra, *praetor*, malı devredene, karşı istihkakta bulunmak isteyip istemediğini sorar; bunun sonucunda, istemediğini söyler veya susarsa, *praetor* malı iddia sahibine tahsis eder. Buna *legis actio* ismi verilir ve eyaletlerde aynı usul vali tarafından uygulanır”.

In iure cessio’nun, *legis actio sacramentum in rem* ile büyük benzerlikler taşıdığı açıkça görülmektedir³⁰³. *Legis actio* yargılamasında mülkiyet hakkına ilişkin olan *legis actio sacramentum in rem*, gerçek olmayan bir *rei vindicatio* olarak kabul edilebilirken, *in iure cessio* işlemini de aynı şekilde farazi bir *rei vindicatio* olarak kabul edilebilirdi³⁰⁴.

Iustinianus döneminden sonra mülkiyetinin devrini sağlayan bu işlemler ortadan kalktı ve *traditio*, mülkiyetin devrini sağlayan tek işlem olarak varlığını sürdürdü. *Traditio*, şekle bağlı olmaksızın bir *res nec mancipi*’nin *ius civile* mülkiyetini devreden ve ayrıca yabancılarla yapılan işlemlerde malların mülkiyetinin devreden bir işlemi³⁰⁵.

Roma hukukunda, mülkiyetin devri için öngörülen bu işlemlere geçerlilik kazandıran bir diğer hususta sebebe bağlı (*iusta causa*) olup olmadıklarıydı. Sebebe bağlılık, mülkiyetin devrine temel oluşturan hukukî işlemin geçerli olup olmasıdır. Eğer bir devir işlemi sebebe bağlı ise, yalnızca bu devir işleminin yapılmış olması ile mülkiyetin devredilmiş olduğu kabul edilmezdi. Bir devir işlemi sebebe bağlı değilse, yalnızca devir işleminin yapılmış olması ile mülkiyetin devredildiği kabul edilirdi.

³⁰³ Bkz., yuk. Bölüm 2.2.2.2.

³⁰⁴ Umur, Tarihi Giriş, a.g.e., s. 195.

³⁰⁵ Arzu Oğuz, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*’nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*),” **AÜHF**, Cilt no 47, Sayı no 1-4: 49-83, (1998), s. 50-51.

Mülkiyetin devri işlemlerinden *mancipatio* ve *in iure cessio*, sebebe bağlı değildi³⁰⁶. Yani bu işlemlerin temelinde yer alan hukukî işlemler geçerli olmasa bile devir mümkündür. Oysa *traditio* için aynı şey söylenemezdi. *Traditio*'da mülkiyetin devrini sağlayan *causa*'dır³⁰⁷. Sonuç olarak, *ius civile* mülkiyetinde asıl olarak karşımıza çıkan devir işlemleri olan *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun geçerliliklerinde, yapılan hukukî işlemin geçerliliğinin bir etkisinin olmazdı.

Rei vindicatio'da davacının korunmasını talep ettiği mülkiyet, *Quirites* mülkiyeti olduğundan öncelikle bu mülkiyetin ait olduğu hukuka göre geçerli bir şekilde malik olması gerekirdi. Belirtilen bu şartlara birlikte sahip olan bir kimse *rei vindicatio*'da gerçek malik davacı olarak karşımıza çıkardı. Bunu ispat edemeyen bir kimsenin davası reddedilir ve bu dava ile beklediği sonucu elde edemezdi.

2.3. *Quirites (Ius Civile) Hukukuna Göre Malik Olan Bir Kimsenin Mülkiyet Hakkının İhlali*

Aynî hakların en belirgin özelliği herkese karşı ileri sürülebilmeleridir. Yani aynî haklarda, kişi ile mal arasındaki doğrudan hakimiyet ilişkisini ihlal eden herkese karşı bu hakların ileri sürülebilmesi mümkündür. Aynî hakların bu niteliğinden çıkan sonuç, her ne kadar hukuk düzenleri tarafından üçüncü kişilere ihlal etmeme yükümlülüğü getirilmiş olsa da bu hakların herkes tarafından ihlal edilmesinin mümkün olduğudur³⁰⁸. Hukuk düzeninin “aynî hakların, hak sahibi dışındakiler tarafından ihlal edilmemesi” şeklinde getirdiği olumsuz yükümlülük karşısında, aynî hak sahibinin bu hakkına ihlallerde bulunanlara karşı hukukî koruma yollarına başvurması mümkündür.

O halde mülkiyet hakkının başlıca hukukî koruma yolu olan, dava yolu korunması için her şeyden önce bu hakka yapılan ihlal veya ihlallerin olması gerekirdi. Bu ihlal veya ihlallerin sonucunda, Roma hukukunda mülkiyet hakkını koruyan davalar

³⁰⁶ Jeroen M. J. Chorus, “Illegal Alienations in Classical Roman Law,” **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Ed.: Peter Birks (Oxford: Clarendon Press, 1989), s. 84-85.

³⁰⁷ Robin Evans-Jones and Geoffrey D. Maccomark, “*Iusta Causa Traditionis*,” **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Ed.: Peter Birks (Oxford: Clarendon Press, 1989), s. 99; Miller, **a.g.m.**, s. 53; Chorus, **a.g.m.**, s. 85; Nicholas **a.g.e.**, s. 117-118; Oğuz, **a.g.e.**, s. 50-56. Roma hukuku metinlerinden *traditio*'nun sebebe bağlılığı ile ilgili olanlar için bkz., Gai. 2.20, D. 12.1.18 pr., D. 41.1.31 pr., D. 41.1.36.

³⁰⁸ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 26-27.

olarak, *rei vindicatio*, *actio negatoria in rem* ve *actio publiciana in rem* karşımıza çıkardı³⁰⁹.

Rei vindicatio'da mülkiyet hakkına karşı yapılan ihlaller “tam ihlal” niteliğinde olmalıydı. Çünkü *rei vindicatio*, *Quirites* hukukuna göre malik olan kimselerin fiilî hakimiyetini kaybettiği mallarının fiilî hakimiyetlerini tekrar elde edebilmeleri için açtıkları davaydı. Bu nedenle, mülkiyet hakkına yapılan ihlal veya ihlaller sonucunda malik, o mal üzerindeki fiilî hakimiyetini yani zilyetliğini kaybederek, mülkiyet hakkının kendisine sağladığı başlıca üç yetkiyi (kullanma, yararlanma ve kötüye kullanma) kullanamaz duruma gelir ve taşıdığı malik sıfatı dışında sahip olduğu maldan beklediği faydayı elde edemezdi³¹⁰.

Malikin mülkiyet hakkına yapılabilecek ihlallerin sayısı ve çeşidi çok fazla olabilir. Ancak bu tür ihlaller içerisinde zilyetliğin ve nesnenin çekilip alınması, ele geçirilmesi veya karşı tarafça tutulması biçimindeki ihlallerin mülkiyetin tam ihlali anlamına geldiği söylenebilir³¹¹.

3. *REI VINDICATIO*'NUN NİTELİĞİ

Roma hukukunda haklar, bu hakların elde edilmesine yarayan davalar bakımından sınıflandırılırdı. Roma hukukunda, hak ve hakkın ileri sürülmesi yolu olan dava kavramları, çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılırdı. Davalar için yapılan sınıflandırmadan hareketle aynî hak-şahsî hak sınıflandırmasının yapıldığı daha önce belirtilmişti³¹². Yani Roma hukukunda hakların varlığı, onları koruyan davaların varlığına bağlıydı.

³⁰⁹ Türk hukukunda ise Medeni Kanun madde 683'te belirtilen davalarla mülkiyet korunur. İstihkak davasından başka haksız elatmanın önlenmesi davası ile de mülkiyet korunur. Bu davaya Roma hukukunda karşılık gelen dava, *actio negatoria in rem*'dir. *Actio publiciana in rem* ise gerek Türk hukukunda gerekse de diğer hukuk sistemlerinde, mülkiyeti koruyan bir dava olarak kabul edilmez. Bu dava, günümüzde var olan bir dava değildir.

³¹⁰ Mülkiyetin kısmen ihlalinde ise zilyetliğin kaybedilmesi durumu yoktur. Burada bir kimse, malikin mülkiyet hakkına itiraz etmemekle birlikte sahip olduğu aynî hakkını ileri sürerek malikin mülkiyet hakkından tam olarak yararlanmasını önleyebilirdi. Mülkiyetin kısmen ihlali durumunda açılacak dava *actio negatoria in rem* yani haksız elatmanın önlenmesi davasıdır. Di Marzo, **a.g.e.**, s. 283; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 95; Ceylan, **a.g.m.**, s. 152, dn. 8; Umur, **a.g.e.**, s. 85.

³¹¹ Necla Giritlioğlu, **Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984), s. 7 ve 10.

³¹² Bkz., yuk. Bölüm 1.2.1.

Roma usul hukukunda, davaların aynî dava-şahsî dava (*actio in rem- actio in personam*) şeklinde sınıflandırılması, Roma hukukunda davalara ilişkin karşımıza çıkan tek sınıflandırma değildi³¹³. Roma hukukunda, *ius civile* bakımından davaların sınıflandırılması içinde yer alan aynî ve şahsî davalar, en önemli *ius civile* davaları olarak karşımıza çıkardı³¹⁴.

Aynî davalar, kişi ve eşya arasındaki ilişkiden, şahsî davalar ise bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerden kaynaklanırdı. Aynî davaların ana kavramı mülkiyet, şahsî davaların ana kavramı borçtu³¹⁵. Örneğin, bir satım sözleşmesinden sonra mal teslim edilmemişse, birinin malına zarar verilmişse karşımıza şahsî davalar çıkabilirdi. Çünkü bu davalarda husumetin yöneltildiği bir başka kişiydi. Aynî davalar ise, kişinin eşya üzerinde sahip olduğu egemenlik hakkının ihlali ile karşımıza çıkardı. Bu davalarda uyuşmazlık, kişiler arasındaki ilişkiler sonucunda oluşmazdı³¹⁶.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde, bir davanın aynî yada şahsî niteliğinin şu şekilde belirlendiği görülür:

I. 4.6.1. :

“Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in dua genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personarn. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt. Veluti si rem corporalem possideat quis, quaro Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.”

³¹³ Roma hukukunda aynî ve şahsî davalar dışında karşımıza çıkan başlıca davalar için bkz., I. 4.6.20, I. 4.6.16-19, I.4.6.28; D. 47.23.1-3; Gai. 4.6-9, 4.37.4.62.

³¹⁴ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 102; Türkoğlu-Özdemir, **a.g.e.**, s. 83; Gai. 4.1.; D. 44.7.25 pr.; I. 4.6.1-3.

³¹⁵ Metzger, **a.g.m.**, s. 218.

³¹⁶ Aynı, s. 218.

I. 4.6.1. :

“Hakimler veya hakemler huzuruna getirilmiş her hangi bir uyuşmazlığa ilişkin bütün davalar bir ana sınıflandırma ile ikiye ayrılırlar: ya aynîdirler, ya şahsîdirler. Bir kimse, kendisine bir sözleşme veya bir haksız fiil ile borçlu olan kimseye karşı dava açabilir. Bu durumda açılan davalar şahsîdir ve bu dava ile borçlu olan davalı kimsenin davayı açana bir şey vermek, bir şey yapmak veya buna benzer şeylerle borç altında olduğu anlaşılır. Yada bir kimse kendisine hiç bir şey borçlu olmadığı halde, bir kimseyi her hangi bir mal üzerinden doğan bir uyuşmazlıktan dolayı dava eder. Bu takdirde açılan davalar aynîdir. Örneğin, bir kimse maddî bir şeyin zilyedi iken, Titius o şeyin kendisine ait olduğunu ileri sürerse ve zilyet olanda, malın sahibinin kendisi olduğunu söylerse: Titius’un bu iddiasından doğan dava, aynî bir davadır.”

Burada aynî davalara ilişkin olarak verilen örneğin, aslında *rei vindicatio* olduğu görülmektedir. Zaten aynî davalar, genel bir isim altında *vindicatio*es, şahsî davalara ise *condictiones* ile ifade edilirdi.

I. 4.6.15. :

“*Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones.*”

I. 4.6.15. :

“Aynî davalara *vindicatio*es, bir şeyin yapılması veya verilmesi borcunu yükleyen şahsî davalara *condictiones* ismi verilir.”

Rei vindicatio aynî dava niteliğindeydi. Aynî davalar, aynî hakların nitelikleri de belirtilerek tanımlandığında, mülkiyet hakkının bu davalar ile korunduğu açıkça

anlaşılır. Aynî davalar (*actiones in rem*), “Bir mal üzerinde herkese karşı, ya mutlak yada belirli bir hakimiyet tesis ederek, bu hakimiyetin kullanımına engel olan herhangi bir kimsenin, bu tür davranışlarına karşı açılan davalardır”³¹⁷.

Rei vindicatio'da husumet davalıya değil, dava konusu yapılan mala yöneltilirdi³¹⁸. Çünkü bu dava ile talep edilen, malikin sahip olduğu malının fiilî hakimiyetini yani zilyetliğini tekrar elde etmesiydi. Bunun için bu davada esas talep, malın iadesiydi. *Rei vindicatio* ile mala yönelik bu talep karşısında davalının, *litis contestatio*'yu yapma zorunluluğu bulunmazdı. Davayı kabul etmemesi gibi bir durum karşısında *praetor*, davalıyı hapis, para cezası gibi çeşitli hukukî yollarla tehdit ederek kabule zorlayabilirdi. Buna rağmen davalı, davayı kabul etmezse, *praetor*, *interdictum*'lar aracılığıyla davacıyı korurdu³¹⁹. Aynî davalarda farklılık taşıyan bir diğer konu, *formula* yargılamasında bu davaların *formula*'larında yalnız *intentio* ve *condemnatio* kısımlarının bulunması ve *condemnatio*'nun bu davalarda mutlaka paraya ilişkin olmasıydı³²⁰.

Praetor'un davacıyı koruduğu *interdictum*'lar, *interdictum quem fundum* ve bir diğeri ise *interdictum ducere vel ferre lubere*'dir. Bunlardan ilki, taşınmazlara yönelik olan ve zilyetliğin davacıya naklinin emredildiği, diğeri ise taşınırlarda karşımıza çıkan ve davacıya uyumsuzluk konusu malı doğrudan almasına olanak sağlayan *interdictum*'dur. *Rei vindicatio*'da sıklıkla rastlanan bir durum olarak davalı, malın kendisinde olmadığını ileri sürerek davayı kabul etmezse, *praetor* bu defa malike, taşınmazlarda *interdictum quem fundum*, taşınırlarda ise *actio ad exhibendum* olanakları tanıyarak malı ortaya çıkarmaya zorlayabilirdi. *Actio ad exhibendum* ile *rei vindicatio* arasında özellikle sonuçları bakımından benzerlik vardı. Her ikisi de fiilî hakimiyetin tekrar elde edilmesini sağlamak amacıyla taşırdı. Ancak *actio ad exhibendum* mülkiyetin değil, zilyetliğin korunmasını sağlayan bir dava olarak karşımıza çıkardı. Zilyetlik ve mülkiyet birbirinden farklı konular olduğundan bu davalar için benzeri amaçları taşıyan

³¹⁷ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 102.

³¹⁸ Miller, **a.g.m.**, s. 43; Nicholas, **a.g.e.**, s. 101; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 97; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 221; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 157.

³¹⁹ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 97-98; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 222.

³²⁰ Umur, **Hakların Himayesi, a.g.e.**, s. 274.

farklı davalar oldukları söylenebilir³²¹. Bu yollardan Türkçe karşılığı “ortaya çıkarma davası” olan *actio ad exhibendum* ile taşınır malın zilyet tarafından *magistra* önünde getirilmesi sağlanırdı³²². *Interdictum quem fundum*, ise taşınmazın zilyetliğinin naklini sağlardı.

Iustinianus döneminde, davaya katılmak istemeyen davalının elinde bulunan mal veya mallar, *manu militari* yolu ile zorla alınır ve davacıya verilir. Bu yolu farklı kılan, devlet kanalıyla, devleti temsil eden memur aracılığıyla mal yada malların zorla alınmasıydı³²³. Yani bu dönemden sonra malikin bizzat mala el koyması söz konusu değildi.

Rei vindicatio'nun aynî dava niteliğine ve husumetin mala yönelik olmasına istisna olan bir durum vardı. Varsayımlı zilyet (*ficti possessores*) olarak nitelendirilen ve mal elinde olmadığı halde fiilî egemenlikleri altındaymış gibi kabul edilenlere karşı *rei vindicatio* açıldığında, bu dava aynî bir dava olarak nitelendirilemezdi. Çünkü, bu kişilere karşı açılan *rei vindicatio*'da, husumet yöneltilecek mal ortada bulunmamaktaydı. Bu nedenle ile *rei vindicatio* bu kişilere karşı açıldığında bir alacak davası yani bir şahsî dava niteliğinde karşımıza çıkardı³²⁴. Iustinianus döneminde bu alacak davaları, *rei vindicatio*'ya dahil edilerek, varsayımlı zilyetlere karşı açılan *rei vindicatio*'lar alacak davası niteliği kazandı³²⁵. Iustinianus döneminde, şahsî haklar da *rei vindicatio*'ya dahil edildi.

Bu noktada, *rei vindicatio*'yu mütalebe kavramıyla birlikte açıklamak gerekir. Mütalebe, bir kimseden bir şeyi yapmasını veya yapmamasını talep edebilme hakkı olduğundan, *rei vindicatio*'nun mütalebesi, malın geri alınmasına yöneliktir. Alacak haklarının mütalebesini, aynî haklarından ayırmak mümkündür³²⁶. Bu nedenle *rei vindicatio*'ya dahil edilen alacak haklarının, *rei vindicatio*'nun aynî niteliğinin kaybolmasına neden olacağı söylenemez.

³²¹ Watson, **a.g.e.**, s. 74; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 284-285; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 222; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 157-158; Umur, Eşya, **a.g.e.**, s. 86.

³²² I. 4.6.31., I. 4.17.3.

³²³ Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 132.

³²⁴ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 157; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 222-223.

³²⁵ Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 158.

³²⁶ Aynı, s. 162.

Roma hukukunda *rei vindicatio*'nun bu niteliği, Türk hukukunda istihkak davası bakımından da geçerlidir. İstihkak davası, aynı şekilde mülkiyet hakkına dayanan, aynı bir davadır. Eşyanın davacıya iade edilmesini sağladığı için aynı zamanda bir eda davası niteliğindedir³²⁷ ve bir tespit davası değildir³²⁸.

4. *REI VINDICATIO*'NUN SONUÇLARI

4.1. Dava Konusu Malın İadesi Bakımından

4.1.1. Sistem Dışı Yargılamaya Kadar Olan Durum

Davanın, davacı lehine sonuçlanmasında karşımıza farklı durumlar çıkardı. Aksine bir kararda ise yani davacı aleyhine bir kararda, davalının herhangi bir yükümlülüğü bulunmazdı. Yani farklılık oluşturan bir durum meydana gelmezdi.

Rei vindicatio ile asıl amaçlanan, malikin kaybettiği zilyetliğini tekrar elde edebilmesiydi. Davalının, fiilî hakimiyeti tekrar elde etmesini sağlayacak olan, dava konusu malın iadesiydi. Aynı sonuca davanın aynı nitelikte olmasından hareketle varmak mümkündür. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi, *rei vindicatio*'da davalı olan zilyet değil, malın kendisiydi³²⁹. Davanın kabul edilmesinden sonra, hakim önündeki aşamada, davacının malik olduğunu ispat etmesi, davacının bu dava ile beklediğini elde edebilmesi için oldukça önemliydi. Kısacası, *rei vindicatio*, başından sonuna kadar mülkiyetin tespiti ve bu tespitten sonra malın iadesini sağlamaya yönelikti.

Bu amacın gerçekleştirilmesi için, aynen iade kararının olması gerekirdi. Ancak, Roma hukukunda sistem dışı yargılama usulünün uygulanmasına kadar, böyle bir kararın söz konusu olmadığı görülür. Bu durum, *rei vindicatio*'nun aynı dava niteliğinde olmasının bir istisnasını oluştururdu. *Rei vindicatio*'da davacının aynı talebi karşısında mahkûmiyet kararının bir miktar paraya ilişkin olması, davacının *rei vindicatio* ile tam olarak korunamamasına neden olurdu. Bu nedenle, *rei vindicatio*'nun aynı niteliğinin bir istisnasını oluşturan bu durum, dava ile amaçlananın tam olarak gerçekleştirilmesini

³²⁷ Dava teorileri açısından Türk hukukunda istihkak davası ile ilgili olarak maddî hukuk teorisi içinde ileri sürülen görüşler için bkz., Aslan, **a.g.e.**, s. 30-37.

³²⁸ Ertaş, **a.g.e.**, s. 224; Akipek, **a.g.e.**, s. 82-83; Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 223.

³²⁹ Bkz., yuk. Bölüm 3.3.

engelleyici bir nitelikteydi. Kanımızca bu durum, maddî hukuk ile usul hukuku kurallarını ayıran bir çizginin eksikliğinden kaynaklanmaktaydı. Her ne kadar Roma hukukunda, maddî hukuk ve usul hukuku kurallarının iç içe bir görünümde olduğu belirtilse de, bu istisna noktasında bu kuralların birbirinden bağımsız olarak ve birbirine ters bir şekilde düzenlediği söylenebilir.

Formula yargılaması incelenirken ³³⁰, *formula*'nın emredici kısmı olan *condemnatio*'sunda hakime, *intentio*'daki şartın gerçekleşmesi durumunda davalıyı mahkum etme aksi takdirde beraat ettirme konusunda yetki verildiği belirtilmişti. Burada önemli olan nokta, hakimin vereceği mahkûmiyet kararının mutlaka paraya ilişkin olmasının gerektiği idi. Yani davalı, bir miktar paraya mahkum edilirdi. Mahkûmiyetin mutlaka paraya ilişkin olması, davacının bu dava ile beklediği, talep ettiği menfaatleri elde edememesine neden olurdu ³³¹. Davacının buradaki menfaatlerinin sağlanabilmesi için *formula*'nın *condemnatio*'suna, "*clausula arbitraria*" eklenirdi. Eklenen bu kayda "seçmelik (muhayyerlik) şartı" denirdi. Burada hakime, davalıyı öncelikle dava konusu malı iade etmesini, aksi takdirde, takdir edilecek paraya mahkum edilmesi belirtilirdi. Yani bu *clausula arbitraria* ile davalının seçimine sunulan iki durum vardı; bunlar malın aynen iadesi, kabul etmezse takdir edilen paraydı. Davalının aynen iade emrine uyma gibi bir yükümlülüğü bulunmadığından bu konuda keyfi hareket etmesi mümkündü. Yani davalının bu emre uymaması durumunda mahkûmiyet yine parasal olurdu ³³².

Davalının bu konudaki keyfiyetine karşı sınırlandırıcı bir düzenleme olarak malın değeri, dürüst hareket edeceğine dair yemin ettirilerek (*iusiurandum ad litem*), davacı tarafından tespit edilirdi ve hakim, davalıyı aynen iadeye zorlamak için davacının belirlediği miktarda paraya mahkum ederdi. Bu, çoğu zaman davalının işine gelmezdi ve aynen iadeyi kabul ederdi ³³³.

³³⁰ Bkz., yuk. Bölüm 2.2.3.

³³¹ Schwarz, **a.g.e.**, s. 303.

³³² Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 223-224; Schwarz, **a.g.e.**, s. 303.

³³³ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 223; Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 37.

4.1.2. Sistem Dışı Yargılama Sonrası Durum

Sistem dışı yargılama ile birlikte malın aynen iadesi mümkün oldu³³⁴. Bu yargılama sisteminde aynî talep karşısında, malın aynen iadesinin mümkün olması, bu dönemde icra usullerinde meydana gelen değişikliklere bağlanabilir. Roma icra usullerinin³³⁵, şahıs varlığından, malvarlığına doğru gösterdiği gelişim sürecinin son aşaması sistem dışı yargılamaydı. Bu yargılamanın icra usulünde kişinin şahsî bütünlüğüne müdahale edilmez, ancak malvarlığına müdahale edilebilirdi³³⁶. Sistem dışı yargılamada verilen aynen iade kararının gereğinin yerine getirilmesi için, davayı kazanmış olan davacı, bir icra davası niteliğinde olan *actio iudicati*'yi açarak, devlet organları aracılığıyla kararın icrasını sağlayabilirdi³³⁷. Sistem dışı yargılamanın icra usullerindeki en belirgin farklılık, devletin yargılama alanına müdahalesinin artmış olmasıydı³³⁸. Sistem dışı yargılamanın uygulandığı dönemde açılan *rei vindicatio*'da, hakimin malın aynen iadesine karar verdiği bir davada, davalının malı rıza ile vermemesi gibi bir durumda devlet, malı kuvvet kullanarak (*manu militari* yolu ile) alırdı³³⁹.

4.2. Dava Konusu Mala Gelen Zararlar Bakımından

Roma hukukunda genel olarak sorumluluk konusunun gösterdiği gelişim, Klasik hukuk dönemi ve Iustinianus dönemi bakımından ayrı ayrı incelenir. Çünkü Roma hukukundaki sorumluluk ölçütleri, Klasik hukuk dönemi ile Iustinianus dönemi arasında yapısal değişikliğe uğramıştı. Bu yapısal değişikliğe neden olan, Iustinianus döneminde, Klasik hukuk dönemi kaynaklarının değişikliğe uğratılmış olmasıydı³⁴⁰. Klasik hukuk döneminde kusursuz sorumluluk ilkesi geçerliyken, Iustinianus döneminde kusur (*culpa*) ilkesi geçerliydi. Bu dönemde kusur, ağır ihmal (*culpa lata*)

³³⁴ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 224.

³³⁵ Roma icra hukuku, usul hukukuna bağlı olarak gelişme göstermiştir. Buna bağlı olarak uygulanan usullerin dönemlere göre sınıflandırılması Roma icra hukuku içinde geçerli olmuştur. Buna göre Roma icra hukukunu, özel mahkemeler yargılaması ve sistem dışı yargılama olarak iki ana başlık altında incelenebilir." Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma İcra Hukuku," **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt no VIII, Sayı no 1-2: 127-171, (2004), s. 128.

³³⁶ Rado, **a.g.e.**, s. 31; Türkoğlu-Özdemir, **a.g.m.**, s. 128.129.

³³⁷ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, **a.g.e.**, s. 321.

³³⁸ Türkoğlu-Özdemir, **a.g.m.**, s. 164.

³³⁹ Umur, Ders Notları, **a.g.e.**, s. 287.

³⁴⁰ Hilal Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış," **AÜHFD**, Cilt no XXXIX, Sayı no 1-4: 241-264, (1982-1987), s. 241.

ve hafif ihmal gibi (*culpa levis*) derecelere ayrılırdı.

Klasik hukuk döneminde sorumluluğu belirleyen ölçütler *dolus* ve *custodia* idi. *Dolus*, aynı zamanda Roma hukukunda en eski sorumluluk ölçütü olarak karşımıza çıkardı ve haksız fiilden kaynaklanırdı. *Dolus*'un *Digesta*'da yer alan tanımı şöyledir:

D. 4.3.1.2. :

“*Calliditas fallacia machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita.*”

D. 4.3.1.2. :

“ Bir kimseden herhangi bir çıkar sağlamak için onu tuzağa düşürmektir.”

Custodia (gözetim) sorumluluğu ise başkasına ait bir mala gelen zararlardan malı elinde bulunduran kişinin, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmasını gerektirirdi.

Klasik hukuk döneminde, kusur ve bazen ayıplama anlamında kullanılan *culpa* ile sorumluluk, sınırlı bir biçimde kabul edilmişti. Bir sorumluluk ölçütü olarak bu sorumluluk yalnızca *dare* (verme) borçlarında kabul edilirdi. Yani belli bir malın mülkiyetinin karşı tarafa devredilmesini gerektiren ilişki ve durumlarda *culpa* ile sorumluluk karşımıza çıkardı³⁴¹. Bu nedenle *rei vindicatio*'da teslim edilmesi gereken mala gelecek zararlardan bakımından *dolus* ve *custodia*'nın yanında *culpa* ile sorumlulukta kabul edilirdi.

Iustinianus döneminde ise, kusur sorumluluğu benimsendi³⁴². Bu dönemde de *dolus* ve ayrıca *culpa lata* (ağır ihmal) ile sorumluluk kabul edildi. *Culpa levis* (hafif ihmal) ile sorumluluk ise aksi kararlaştırılmadıkça kabul edilirdi. Ayrıca, bu dönemde *custodia*'nın yerine bunun sübjektifleştirilmiş hali olan *diligentia* (özen yükümü),

³⁴¹ Zilelioğlu, **a.g.m.**, s. 251.

³⁴² Ana ilke kusura dayanan sorumluluk olmakla birlikte bazı hallerde bu kuralın dışına çıktığı görülmektedir. **Aynı**, s. 259.

sorumluluk ölçütü olarak karşımıza çıkardı³⁴³.

Klasik hukuk döneminde beklenmeyen hallerden (*causa*) sorumluluk, *custodia*'dan sorumluluğun kapsamında yer alırdı. Iustinianus döneminde ise kural olarak, beklenmeyen hallerden sorumluluk yoktu³⁴⁴. Mücbir sebep (*vis maior*) ise gerek Klasik hukuk döneminde gerekse de Iustinianus döneminde, sorumluluk meydana getirmezdi.

Sorumluluğun belirlenmesinde malın parça borcu yada cins borcu doğuran bir mal olması önemli bir etkiye sahipti. Çünkü kusursuz imkansızlık halinde ortada parça borcu varsa sorumluluk söz konusu olmazken, cins borcu var ise sorumluluk kabul edilirdi³⁴⁵.

Dava konusu malın yok olması yada zarar görmesi gibi bir durumda davalı zilyedin sorumluluğu iyiniyetli olup olmamasına ve zarar verici olayın *litis contestatio*'dan önce gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılarak belirlenirdi.

Roma hukukunda iyiniyetin hangi durumlarda kabul edileceğini metinlerde yer alan ifadelerden hareketle belirlemek mümkündür.

I. 2.1.35. :

“*Si quis non domino, quem dominum esse crederet, bona fide...*”

I. 2.1.35. :

“Bir kimse malik olmayan birisinden, malik olduğunu zannederek, iyiniyetle....”

D. 50.16.109. :

“*Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam*”

³⁴³ Zilelioğlu, **a.g.m.**, s. 259-261.

³⁴⁴ Bu kuralın tek istisnası, han, gemi ve ahır sahiplerinin sorumluluklarıydı. Bunun nedeni şu şekilde belirtilmektedir; D.4.9.3.1. : “...*ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum...*” yani “..kötülükleri ile ünlü olan bu kişilere karşı diğerleri korunur...” Bu kişilere karşı genel bir güvensizlik nedeniyle sorumlulukları kaldırılmamaktadır.

³⁴⁵ Digesta’da bu konuya ilişkin en geniş örnek için, bkz., D. 48.1.8.3.5.

esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.”

D. 50.16.109. :

“İyiniyetli alıcı, satıcının satma hakkının olduğunu zannederek, başkasına ait malı aldığını bilmeyen kimsedir.”

İyiniyet, farkında olmamaktan, bilmemekten kaynaklanan davranışlara dayanır. Bu durumda iyiniyetli zilyetlik, bir kimsenin farkında olmadan veya bir konudaki bilgisizliğinden kaynaklanan davranışları yaparak zilyet olmaması, ancak zilyet olduğu inancıyla hareket etmesidir. İyiniyetli zilyetliğin karşısında yer alan kötüniyetli zilyetler ise, zilyet olmadıklarını bildikleri halde malı fiilî hakimiyetleri altında bulunduranlardır.

Rei vindicatio'da dava konusu mala gelen zararlardan sorumluluk, zararın *litis contestatio*'dan önce gerçekleşip gerçekleşmediğine bakarak belirlenirdi. Buraya kadar anlatılanlar da dikkate alınarak, *litis contestatio*'dan önce yok olan veya zarara uğrayan mallar bakımından iyiniyetli zilyedin sorumluluğu kabul edilmezken, kötüniyetli zilyetler ise zararın ortaya çıkmasındaki kasıt veya ihmallerinden sorumlu tutulurlardı³⁴⁶. *Litis contestatio*'nun yapılmasından sonra yok olan veya zarara uğrayan mallar bakımından ise iyiniyetli zilyetlerin zararın ortaya çıkmasındaki kasıt veya ihmallerinden, kötüniyetli zilyetlerin ise bunlara ilave olarak *causustan* da sorumlu olduğu kabul edilirdi³⁴⁷.

³⁴⁶ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 225.

³⁴⁷ D. 6.1.15.3.: “*Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari.*” Burada davanın zilyedin kusuru olmaksızın, ölen bir köle yada hayvana ilişkin ise davalı malın değeri ile değil, ancak davacının mal kendisinde olsa idi ve satmak niyetinde ise bir temerrüt söz konusu olduğundan ve bundan davalı zilyedin sorumlu olduğundan söz edilmektedir. Ceylan, **a.g.m.**, s. 160-161; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 286; Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 99; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 225.

4.3. Dava Konusu Malın Semereleri Bakımından

Rei vindicatio ile amaçlanan, malın iadesini sağlamaktır. Bir aynî mahkûmiyet kararı verildikten sonra iade edilmesi gerekenler, asıl mal ve buna bağlı olan mallardır. Çünkü mal, davanın tespiti anında davacıya iade edilmiş olsa idi eline ne geçecek ise, o şekilde iade edilmeliydi (*cum causa rei*). Bu durum *Digesta*'da şu şekilde belirtilmektedir:

D. 6.1. 20. :

“ *Nec enim sufficit corpus ipsum resitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est ut omne habet petitor, quod habiturus foret si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset*”

D. 6.1. 20. :

“ Dava konusu malı iade etmek tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda ona bağlı olan her şeyi, yani davacı, davanın tespiti esnasında köleyi almış olsa idi eline geçecek olan her şeyi de iade etmek gerekir.”

Roma hukukunda mülkiyetin sahibine sağladığı yetkilerden biri de *fructus* yani yararlanmaydı. Buradaki yararlanma, malın aslını ve mala bağlı olan şeyleri kapsardı³⁴⁸. Mala bağlı olan şeylerden söz edildiğinde karşımıza semereler çıkardı. Semereler modern terminolojide, doğal semereler (*fructus naturalis*) ve hukukî semereler (*fructus civiles*) olarak ikiye ayrılır³⁴⁹. Roma hukukunda semereler, arsa yada hayvan gibi mülkiyetin konusunu oluşturan mallardan elde edilen ürünlerdi³⁵⁰. Bu anlamda, Roma hukukunda semerelerden anlaşılması gereken doğal semerelerdi. *Rei vindicatio*, aynî bir dava olduğundan ve malın iadesi talep edildiğinden, bu mala bağlı olan semereler, doğal

³⁴⁸ Miller, **a.g.m.**, s. 63.

³⁴⁹ Hukukî semereler eşya hukukuna değil, borçlar hukukuna konu olabilirler. Bu nedenle bizim inceleme konumuza bu semereler dahil değildir. Nicholas, **a.g.e.**, s. 138.

³⁵⁰ D. 22.1.36.

semerelelerdi. Doğal semereleler, belirli aralıklarla maldan elde edilen yeni mallardır³⁵¹. Bunlara örnek olarak, hayvanın yavrusu, ağacın meyvesi, hayvanın sütü, tarlada yetişen ürünler gösterilebilir.

Roma hukukunda *fructus* yani semereleler, “malların kullanılması sonucunda elde edilen gelirler” olarak kabul edilirdi. Bu durum *Digesta*’ da şu şekilde belirtilmektedir:

D. 50. 16. 77. :

“*Frugem pro reditu appellari, non solum (qui ex) frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, credifodinis, lapidicinis capitur.*”

D. 50. 16. 77. :

“Gelir, ile yalnız buğday ve sebzelerden elde edilen semereleler değil, aynı zamanda bağ, orman ve taş ocağı gibi yerlerden sağlanan semereleler de kastedilir.”

Roma hukukunda doğal semereleler, farklı durumlarda farklı isimler alırlardı. Örneğin, ağacın dalında olan meyveler, *pendentes*; ağaçtan kopan meyveler, *separati*; ağaçtan kopan ve toplanan meyveler, *exstantes* veya *consumpti*; ağaçtan kopan ancak toplanmayan meyveler ise *percipiendi* ismini alırdı³⁵².

D. 33. 2. 42. :

“*Neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed in tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit. Itaque cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse*”

³⁵¹ Erdoğmuş, Eşya, **a.g.e.**, s. 13.

³⁵² Di Marzo, **a.g.e.**, s. 240-241.

D. 33. 2. 42. :

“Burada yalnızca semerelerin doğal olgunluk zamanı değil, aynı zamanda onların hangi zamanda toplanmasının malik veya intifa hakkı sahibi için uygun olduğu zamana bakılır. Bu nedenle olgun olsalar bile, daha az gelir getirecek bir zamanda toplanan zeytinler semere olarak kabul edilemez.”

Bir malın semere olarak kabul edilebilmesi için, kişinin bundan faydalanması gelir elde etmesi gerekirdi. Bu durumda semere olarak kabul edilecek malın belirli bir olgunlukta olup, faydalanılabilecek bir nitelikte olması gerekirdi. Bu nedenle henüz ham olmayan, olgunlaşmamış mallar, semere olarak kabul edilmedikleri gibi, belirli bir olgunluğa varmış olsa bile daha az gelir getirecek bir dönemde toplananlar da, semere olarak kabul edilmezdi³⁵³.

Kural olarak, asıl şeyin sahibi semerelerin de sahibiydi³⁵⁴. Bu kural gereği, belirtilen bu özelliklere sahip semerelerin, mal ile birlikte iadesi gerekirdi. Ancak, semerelerin iadesi konusundaki düzenlemeler, davalı zilyedin iyiniyetli olup olmamasına, semerelerin *litis contestatio*'dan önce veya sonra elde edilmesine ve Klasik hukuk dönemi ile Iustinianus dönemlerine göre farklılık gösterirdi. Iustinianus'un *Institutiones*'inde yer alan şu açıklamalar, konunun Iustinianus dönemiyle ilgili kısmıdır:

I. 2.1.35. :

“Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet

³⁵³ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 241.

³⁵⁴ Nicholas, **a.g.e.**, s. 138.

consumpti sint, cogitur restituere.”

I. 2.1.35. :

“Bir kimse, malik olmayan birisinden, malik olduğunu sanarak, iyiniyetle bir araziyi satın alsa, veya hibe olarak, veyahut, yine iyiniyetle, her hangi bir hukukî sebebe dayanarak kabul etse: tabii akıl gereği, toplamış olduğu semereler (*fructus*), bakım ve yetiştirme sebebiyle kendisinin olur. Bundan dolayı, daha sonra malik gelerek arazi üzerinde istihkakta bulunsa, tüketilen semereler üzerinde dava açamaz. Başkasının arazisine bile bile zilyet olana gelince (kötüniyetli zilyet), bunlar aynı hakka sahip değildir. Arazi ile birlikte, tüketilmiş bile olsalar, semereleri de iade etmek zorundadır.”

Iustinianus dönemine ait bu düzenlemeler Klasik hukuk dönemindeki durum ile karşılaştırmalı olarak şu şekilde belirtilebilir ³⁵⁵:

— Klasik hukuk döneminde, iyiniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan önce elde ettiği ve tükettiği semereleri iade ile sorumlu değildi. Iustinianus döneminde iyiniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan önce tükettiği semereleri değil ancak elinde olan semereleri iade ile sorumluydu.

— Klasik hukuk döneminde ve Iustinianus döneminde, iyiniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan sonra elde ettiği ve tükettiği semereleri iade ile sorumluydu.

— Klasik hukuk döneminde ve Iustinianus döneminde, kötüniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan önce veya sonra, elde ettiği ve tükettiği tüm semerelerden sorumluydu.

— Iustinianus döneminde, kötüniyetli zilyet, ayrıca elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden de sorumlu oldukları kabul edildi.

³⁵⁵ Miller, **a.g.m.**, s. 64; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 284-285; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 99; Karadeniz-Çelebican, **a.g.e.**, s. 225-226.

Semereler bakımından sorumluluğu belirleyecek olan davalardı. Açılacak davayı belirleyecek olan ise, semerelerin elde olması veya tüketilmesi idi. Elde olan yani tüketilmeyen semereler bakımından, mülkiyet hakkı tespit edilen davacının ayrı bir *rei vindicatio* açması mümkündü. Tüketilen semereler içinse *condictio* (sebepsiz zenginleşme) davası açılabilirdi³⁵⁶. Ayrıca, semereler ister tüketilmiş olsun isterse de tüketilmemiş, *negotiorum gestio*'dan (vekaletsiz iş görmeden) doğan dava da açılabilirdi³⁵⁷.

Roma hukukunda semerelerle ilgili olarak nadiren tartışılan bir konu vardır. Bu konu, bir kimsenin ağacından, başka bir kimsenin arazisine düşen doğal semerelerin mülkiyetinin kime ait olacağıdır³⁵⁸. Roma hukukunda böyle bir durumda düşen semerelerin mülkiyetinin kime ait olacağı kesin kurallarla belirlenmemişti. Bununla birlikte ağaçtan kopan bu semereler (*exstantes*) için ağaç sahibinin açabileceği duruma uygun en genel dava *rei vindicatio* idi³⁵⁹.

³⁵⁶ Roma hukukunda sebepsiz zenginleşme sonucunda malvarlığında azalma olan kişinin, malvarlığının azalan kısmı üzerinde aynı hakkı ortadan kalktığından bu kısmın iadesini aynı dava ile istemesi mümkün değildi. Bu kısmın iadesinin ancak şahsî bir dava ile istenebilmesi düşünülebilirdi ve bunun için tüketilen semereler bakımından ayrı bir istihkak davası yerine şahsî bir dava olan sebepsiz zenginleşme davasının açılabilirdi. Zaten *condictio indebiti*'nin ortaya çıkışını açıklayan teorilerden biri olan istihkak teorisine göre, *rei vindicatio* yerine kullanılacak dava olarak *condictio indebiti*'dir. Ahmet Nadi Günel, **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)** (Ankara: AÜHF Yayınları, 1996), s. 11-12 ve 51.

³⁵⁷ Genel olarak vekaletsiz iş görme (*negotiorum gestio*) ile bir kişi, yetkisi veya vekaleti olmadan bir kimsenin işini, bu kimsenin lehine olacak şekilde yapar. Bunun sonucunda yetkisiz veya vekaletsiz olarak iş gören ile lehine iş yapılan arasında karşılıklı bazı hak ve borçlar söz konusu olur. Ancak asıl yükümlülük vekaletsiz olarak iş görenin üzerindedir. İş gören, iş görme ile ilgili her türlü kusurundan sorumluydu. İş görenin yaptığı işler sonucunda elde ettiklerinin geri verilmesi için açılan dava *actio negotiorum gestorum directa* idi. Vekaletsiz iş görenin iyiniyete dayandığı kabul edildiğinden *rei vindicatio*'da semereler bakımından vekaletsiz iş görmeye göre yükümlülük altına girenler iyiniyetli zilyetlerdir. İşin yararlı şekilde yapılmadığı durumlarda ise vekaletsiz iş görme değil, ancak *conductio* söz konusu olabilirdi. Kötüniyetli zilyetlerin iş sahibinin lehine olacak şekilde işi gördükleri kabul edilemeyeceğinden bu kimselere semerelerden dolayı vekaletsiz iş görmeden doğan dava açılamazdı. Watson, **a.g.e.**, s. 88 ve 97; H. Gökçe Özdemir, **Roma ve Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001), s. 17 ve 64.

³⁵⁸ Bu konunun özellikle komşuluk ilişkileri ve komşuluk hukuku açısından önemli olduğu söylenebilir. Bu ilişkileri en iyi ve sorunsuz bir biçimde sağlayan, kesin olarak belirlenmiş sınırlardı. Roma hukukunda "İyi komşuluk ilişkilerini sağlayan iyi çitlerdir." sözü ile bu anlatılmak istenirdi. Watson, **a.g.e.**, s. 71-73.

³⁵⁹ Bu durumda *praetor*'ların tanıdığı davalardan biri olan *actio ad exhibendum* da söz konusu olabilirdi. Aynı, s. 73-74.

4.4. Davalının Yaptığı Masraflar Bakımından

Rei vindicatio'nun davacının lehine olan sonuçlarının yanında, aleyhine olan sonuçları da vardı. Bu sonuçlardan biri de, davacının, davalının yaptığı masrafları ödemesiydi. Her ne kadar davalı lehine olsa da, def'î yolu ile ileri sürülebilecek bu durum, davanın, davacı lehine sonuçlanması ile söz konusu olurdu. Roma hukukunda, yapılan masrafların talep edilebileceği bir dava bulunmadığından, *praetor*, davalıya def'î olanağı sağlamıştı.

Masraflar (*impensae*) ile, bir kimsenin başkasına ait olan mal için kullandığı para, mal veya yapmış olduğu her hangi bir iş anlaşılırdı. Roma hukukunda masrafların sınıflandırılması, zorunlu (*necessariae*), faydalı (*utiles*) veya lüks (*voluttuariae*) bir nitelikte olup olmamalarına göre yapılırdı. Ancak böyle bir sınıflandırma, masrafların ana sınıflandırması değildi. Burada dikkate alınan, yapılan masrafların malikin malını ne yönde etkileyerek malike ne kazandırdığıydı³⁶⁰.

Impensae necessariae yani zorunlu masraflar, malın yok olmasını yada işlevini kaybetmesini önleyici nitelikte olan masraflardı. Buna örnek olarak, hasta kölenin tedavi ettirilmesi gösterilebilir. *Impensae utiles* yani faydalı masraflar, köleye Latince öğretilmesi gibi, maldan faydalanılmasını kolaylaştıran, malın değerini yükselten, masraflardı. *Impensae voluttuariae* yani lüks masraflar ise zevk için yapılan masraflardı. Bunlara örnek olarak, evin duvarlarına resimler yapılması, evin ortasına bir süs havuzu yaptırılması gösterilebilir³⁶¹.

Yapılan bu sınıflandırma dikkate alınarak, masrafların ödenmesi, zilyedin iyiniyetli yada kötüniyetli olmasına ve Klasik hukuk dönemi ile Iustinianus dönemine göre farklılık gösterirdi. Bu hususları dikkate alarak masrafların ödenmesine ilişkin olan kurallar şu şekilde belirtilebilir³⁶²:

³⁶⁰ Umur, Lügat, **a.g.e.**, s. 83; Di Marzo, **a.g.e.**, s.241. D. 50.16.79 pr. : “*Quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.*” yani “Zorunlu masraflar, yapılmaz ise mal bozulacak yada yok olacaktır.” D. 50.16.79.2. : “*Quae speciem dumtaxat ornam, non etiam fructum augent*” yani “Semereleri arttırmak için değil, sadece süslemek için yapılan masraflar lüktür” ve D. 6.16'da ise *fructuosior* yani daha faydalı kılan masraflar ise faydalı masraflar olarak karşımıza çıkar.

³⁶¹ Erdoğan, Eşya, **a.g.e.**, s. 98-99; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 227.

³⁶² Di Marzo, **a.g.e.**, s. 286; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 227-228.

— Klasik hukuk döneminde, iyiniyetli zilyetlere, yaptıkları zorunlu masraflar ve malike sağladığı yarar ölçüsünde faydalı masraflar ödenirken, lüks masraflar ödenmezdi.

— Klasik hukuk döneminde, kötünietli zilyetlere hiçbir masraf ödenmezdi.

— Iustinianus döneminde, iyiniyetli zilyetlere, yaptıkları zorunlu masraflar ve malike sağladığı yarar ölçüsünde faydalı masraflar ödenirdi. Ayrıca lüks masraflardan, yalnızca mala zarar vermeden ayrılacak nitelikte olanlar ödenirdi.

— Iustinianus döneminde, kötünietli zilyetlere, yalnızca yaptıkları zorunlu masraflar ödenirdi. Ayrıca lüks masraflardan, yalnızca mala zarar vermeden ayrılacak nitelikte olanlar ödenirdi.

Iustinianus döneminde hem iyiniyetli hem de kötünietli zilyetlerin yaptıkları faydalı veya lüks masrafları mala zarar vermeden alıp götürebilmeleri, *ius tollendi* olarak adlandırılırdı. Bu hak, başlangıçta başkasının arsası üzerine haksız inşaat yapan veya bir şey diken kişilerin, arsada bulunan malzemelerini götürebilmelerine olanak sağlayan bir hak olarak karşımıza çıkardı³⁶³. Daha sonraları, benzer durumlarda olan kişiler bu hakka sahip oldular. *Rei vindicatio*'da davalının yaptığı faydalı ve lüks masrafların ayrılabilirliğinin tespitinde, bu masrafların niteliği ile birlikte davalının amacına da bakılırdı. Bu, *Digesta*'da yer alan şu cümlelerden anlaşılabilir:

D. 6.1.38. :

“Si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi us officias.”

D. 6.1.38. :

“Zilyedin, duvardaki alçıyı kazımada veya resmi karalamasında, amacı yalnızca maliki rahatsız etmektir.”

³⁶³ Umur, Lügat, a.g.e., s. 104.

Bu masrafların ödenmesi için en sık başvurulanan yol, *exceptio doli* idi. Daha sonra, bu masrafların *negotiorum gestio*'dan (vekaletsiz iş görmeden) doğan dava yolu ile de ödenmesinin talep edilebileceği kabul edildi³⁶⁴.

Masrafların, semerelerin hesaplanmasında da önemi vardı. Çünkü, masraflar çıktıktan sonra geriye kalan semere olarak kabul edilirdi.

D. 5. 3. 36. 5. :

“*Fructus eos esse constant, qui deducta impensa supererunt*”

D. 5. 3. 36. 5. :

“Semereler, masraflar çıktıktan sonra geri kalandır.”

Burada sözü edilen masraf, semereler için yapılan masraflardı. Yani yukarıda masraflara ilişkin yaptığımız sınıflandırma asıl mala ilişkin iken, bunun yanında semerelerin elde edilmesi için yapılan masraflar da vardı ve bu masraflar semerelerin hesaplanmasında kullanılırdı³⁶⁵.

5. ROMA HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKINI KORUYAN DİĞER DAVALAR ve *REI VINDICATIO*

5.1 *Actio Publiciana In Rem* ve *Rei Vindicatio*

5.1.1. Genel Olarak *Actio Publiciana In Rem*

Actio publiciana in rem ilk defa *Publicius* isimli bir *praetor* tarafından oluşturulan ve temeli hakkaniyete dayanan bir davaydı³⁶⁶. Metinlerde bu davanın ortaya çıkışı şu şekilde ifade edilir:

³⁶⁴ Burada açılacak dava *actio negotiorum gestorum contraria idi*. Bu davayla iş gören, iş sahibinden işler için yaptığı masrafları ve işleri yaparken uğradığı zararları talep ederdi. Ancak her türlü masraf değil, iyiniyetli zilyedin yapmış olduğu masraflar istenebilirdi. Çünkü vekaletsiz iş görmenin iyiniyete bağlı olduğu kabul edilir. Özdemir, *a.g.e.*, s.64-65.

³⁶⁵ Di Marzo, *a.g.e.*, s. 242.

³⁶⁶ Nicholas, *a.g.e.*, s. 126; Koschaker/Ayiter, *a.g.e.*, s. 164.

I. 4.6.4. :

“*Quae actio publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est*”

I. 4.6.4. :

“Bu davaya *actio publiciana* denmektedir. Çünkü ilk olarak *praetor Publicius*’ un beyannamesiyle karşımıza çıkar.”

D. 6.2.17. :

“*Publiciana actio... eiusque rei argumentum est primo aequitas*”

D. 6.2.17. :

“*Actio publiciana... öncelikle hakkaniyet sebebi ile getirilmiştir.*”

Roma hukukunda bu davanın oluşumunu, Roma’nın küçük bir tarım devletinden imparatorluğa doğru olan gelişim sürecinde geçirdiği sosyal ve ekonomik değişiklikler hazırladı. Bu değişikliklerin, bireylerin kendi aralarında yaptıkları hukukî ilişkilere de yansıtılmasının bir zorunluluk olması ile birlikte bu dava ortaya çıktı.

Roma mülkiyetinin korunmasında *ius civile*’nin ve dolayısıyla *rei vindicatio*’nun yetersiz kalmasıyla birlikte, mülkiyetin farklı yollardan korunması ihtiyaç haline geldi³⁶⁷. Bu ihtiyacı karşılamak üzere *praetor*’ların hukuksal alandaki faaliyetlerinin bir sonucunda *actio publiciana in rem* kabul edildi.

³⁶⁷ Roma hukukunda kölelere başlangıçta duyulan ihtiyaç zamanla arttı. *Res mancipi*’lerin mülkiyetinin devri yolu olan *mancipatio* ve *in iure cessio* işlemlerinin bir takım şekli merasimlerin yapılmasını zorunlu kılması, kölelerin daha seri bir biçimde mülkiyetinin devrini zorlaştırıyordu. Kölelerden yalnızca tarım gibi sınırlı alanlarda değil, hemen hemen her alanda yararlanmak mümkün olduğunda, özellikle *res mancipi*’lerden kölelerin mülkiyeti konusunda değişikliklere olan ihtiyaç arttı. Bir başka değişiklik ihtiyacı ise, artan ticari ilişkilerde mülkiyetin devri işlemlerinin yarattığı olumsuzluklardan ortaya çıkmıştır. Erdoğan, *Publiciana*, a.g.e., s. 8-9.

Quirites hukukuna göre malik olamayan ancak *in bonis habere* yani malları arasında bulundurma ve *in bonis esse* yani malları arasında olma gibi fiilî durumların içinde olanlara *praetor*'ların sağladığı *actio*'lardan biri de *actio publiciana in rem*'dir³⁶⁸. Geçerli bir hukukî sebebe dayanarak bir malın zilyedi olan kimselerin, kaybettikleri zilyetliklerini geri alabilmelerini sağlamak hakkaniyetin gereğidir. *Praetor*'lar bu durumda olanlara tanıdığı bu dava ile hakkaniyetin gereğine uygun bir biçimde davranmışlardır.

5.1.2. *Actio Publiciana In Rem ve Rei Vindicatio*

Roma usul hukukunun geçirdiği değişim süreci içerisinde davaların ve buna bağlı olarak bu davalara konu olan hakların niteliğinde ciddi değişiklikler oldu. *Rei vindicatio*'nun nitelik ve özelliklerinde de görülen değişiklikler, bir taraftan mülkiyet hakkının bağımsız bir niteliğe sahip olmasında etkili olurken, diğer taraftan malik olmamakla birlikte uyumsuzluk içinde olduğu kişiye göre üstün bir hakka sahip olanların dava açmak olanağını ortadan kaldırdığından bir boşlukla karşılaşıldı³⁶⁹.

Rei vindicatio'yu açabilmek için gerekli olan şartlara sahip olamayanların bu dava ile korunamamalarının neden olduğu, hakkaniyete aykırı olan boşluğu doldurmak için *praetor*'lar, *actio publiciana in rem* olanağı sağladılar. Roma hukukunda *rei vindicatio* ile *actio publiciana in rem* arasında benzerlik kurulmasının nedeni de bu ihtiyaçtan kaynaklandı.

D. 6.2.7.8. :

“*In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus*”

D. 6.2.7.8. :

“*Actio publiciana için geçerli olan kurallar rei vindicatio'ya paraleldir.*”

³⁶⁸ Nicholas, **a.g.e.**, s. 126.

³⁶⁹ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 231; Erdoğan, *Publiciana*, **a.g.e.**, s. 7.

D. 44.7.35 pr. :

“ *Item publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur*”

D. 44.7.35 pr. :

“ *Publiciana*’ nın örneği *rei vindicatio*’ dur.”

Iustinianus’un aşağıdaki metni incelendiğinde *actio publiciana in rem* hakkında genel olarak bilgi sahibi olunur.

I. 4.6.4. :

“*Namque si cui ex iusta causa res. aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse et ita vindicat suam esse. Quae actio Publiciana appellatur...*”

I. 4.6.4. :

“Bununla birlikte bir kimsenin malı, alım-salım, hibe, cihaz veya muayyen mal vasiyeti hukukî bir sebebe dayanarak başka bir kimseye teslim edilmiş olsa ve teslim alan, henüz mülkiyet kazanmamışken tesadüfen o şeyin zilyetliğini kaybetse, o şeyi talep etmek için hiç bir aynî dava hakkına sahip değildir. Çünkü *ius civile*’ye göre davalar, mülkiyet üzerinde istihkak iddiasında bulunabilsin diye verilmişlerdir. Fakat böyle bir durumda bir dava hakkına sahip olmamak, gerçekten haksız bir şey olduğundan, *praetor* tarafından tanınan bir dava vardır. Bu davaya göre, zilyetliği kaybeden kimse, o şeyin mülkiyetini

kazandırıcı zamanaşımıyla kazanmış olduğunu söyleyerek, malik gibi istihkak iddiasında bulunabilir. Bu davaya *actio Publiciana* denirdi...”

Roma hukukunda, geçerli bir hukukî sebebe dayanarak yapılan ancak yine de kişilere malik sıfatını kazandırmayan işlemler vardı. Böyle durumlarda, malik olmayan ancak zilyet sıfatına sahip olan bu kişilerin, zilyetliklerine yapılan ihlaller sonucunda kaybettiği zilyetlikleri için dava hakkına sahip olamamaları haksız bir duruma neden olurdu. Bu haksızlığı gidermek için, zilyet olan bu kimseler, malik gibi korunmaya başladılar.

Bu kişilerin malik olamamasının başlıca iki nedeni vardı. Bunlardan biri, geçerli bir hukukî sebebin varlığına rağmen, *ius civile*'nin kabul ettiği mülkiyetin devri işlemlerinin eksik veya yanlış yapılmasıdır. Burada söz edilen durum aslında tek bir şekilde, *res mancipi*'lerin *traditio* ile teslimi ile karşımıza çıkardı³⁷⁰. Mülkiyetin devri işlemlerinden yalnızca *traditio* sebebe bağlı idi. *Res mancipi*'lerin mülkiyetinin *traditio* ile devrinde, teslim alan kişi *ius civile*'ye geçerli bir biçimde mülkiyeti kazanamazdı. Fiilî hakimiyetleri altında bulunan malların yalnızca zilyedi olurlardı. Ancak, *res mancipi*'nin *traditio* ile devrinde geçerli bir hukukî sebep yok ise, devralan kişi zilyetliğini kaybetse bile zamanaşımı ile mülkiyeti kazanamayacağı gibi *actio publiciana in rem*'i de açamazdı³⁷¹. Geçerli bir hukukî sebebe dayanarak, *res mancipi*'yi *traditio* ile devralan iyiniyetli üçüncü kişiler kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyeti kazanabilirlerdi ve dolayısıyla kaybettikleri zilyetlikleri için *actio publiciana in rem*'i açabilirlerdi³⁷². Aynı sonuca neden olan diğer durum, malik olmayan kimseler tarafından mülkiyetin devredilmesi³⁷³.

Her iki halde, amacı malik olmak olan kişiler bu amaçlarını gerçekleştiremezlerdi. Bu kişilerin *actio publiciana in rem* ile malik gibi korunmalarının nedeni de buradan kaynaklanırdı. Iustinianus'un da belirttiği gibi, bu kişiler malik gibi istihkak iddiasında bulunabilirlerdi.

³⁷⁰Chorus, **a.g.m.**, s. 90; Nicholas, **a.g.e.**, s. 122-124; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 288; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 231; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 164.

³⁷¹Chorus, **a.g.m.**, s. 89.

³⁷²Chorus, **a.g.m.**, s. 89-90.

³⁷³“*a non domino*” yani “malik olmayan” ifadesi ile bu anlaşılmaktadır.

Gaius'un *Instituones*'ine baktığımız zaman bu dava ile ilgili olarak söylenenlerin Iustinianus'da belirtilenlerle hemen hemen aynı olduğu görülür.

Gai. 4.36. :

“*Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit...*”

Gai. 4.36. :

“Bu davanın sonucunda mal, hukukî bir sebeple kendisine teslim edilen, ancak zamanaşımı ile mülkiyeti kazanmamış olan zilyetlere, zilyetliği kaybettikten sonra, talepleri üzerine verilir. Bu kişiler, *Quirites* hukukuna göre malın kendisine ait olduklarını iddia etmeleri mümkün olmadığından, malın zamanaşımı ile kazandıkları varsayılır ve böylece *Quirites* hukukuna göre malik olmuş gibi iddialarını ileri sürerler...”

I. 4.6.4 ve Gai. 4.36' dan da anlaşıldığı gibi bu davayı bir malı hukukî sebebe dayanarak teslim alan, ancak daha sonra zilyetliğini kaybeden iyi niyetli kimseler açabilirdi. *Rei vindicatio*'yu açabilecekler ise ancak *ius civile* malikleri idi.

Yine aynı metinlerden hareketle ilk bakışta *actio publiciana in rem* ile zilyetliğin korunduğu gibi bir sonuç çıkarılabilir. Ama metinlerin tamamı dikkate alındığında, davacı iyiniyetli zilyetlerin, malik gibi korunduklarının kabul edilmesi ile aslında bu kişilerin sahip olamadıkları, ancak zamanaşımı süresinin sonunda sahip olacakları mülkiyet hakları korunurdu³⁷⁴. Bir anlamda, bu kişilerin dava sırasında zamanaşımı ile mülkiyet hakkını kazandıkları kabul edilmekle varsayıli bir mülkiyet hakkının korunduğu söylenebilir³⁷⁵. İlk bakışta anlaşılması ve hatta kabulü zor olan bu durumun,

³⁷⁴ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 288; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 232.

³⁷⁵ Feenstra, **a.g.m.**, s. 113; Nicholas, **a.g.e.**, s. 126; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 164; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 232.

mantıklı açıklamasını, bu davanın ortaya çıkmasına neden olan hakkaniyet düşüncesinde bulmak mümkündür. *Rei vindicatio*'nun, *ius civile* mülkiyetini koruyan bir dava olduğu konusunda ise tereddüt söz konusu değildir.

Actio publician in rem, malik olduğu varsayılan zilyedin, kaybettiği zilyetliğini tekrar elde etmek için açtığı davaydı. *Rei vindicatio* ise zilyet olmayan malikin, kaybettiği zilyetliğini tekrar elde etmek için açtığı davaydı. Bu nedenle her iki davanın en önemli benzerliğinin amaç yönünden olduğu söylenebilir. *Rei vindicatio* ile *actio publiciana in rem* arasındaki bu benzerliği, her iki davanın *formula*'larının benzerliğinden hareketle çıkarmak mümkündür³⁷⁶. Bir diğer benzerlik ise, mülkiyet hakkının aynı zamanda zilyetliği de kapsadığı düşünülürken, bu davalar tercih edilmezse ihlal edilen zilyetliklerin, zilyetliği koruyan *interdictum*'lar aracılığıyla korunabilmesidir. Bunlardan başka, *actio publiciana in rem*'de davalının belirlenmesi, mahkûmiyeti gibi konularda da *rei vindicatio* 'ya ilişkin olan kurallar uygulanırdı³⁷⁷.

Actio publiciana in rem ile varsayımlı bir mülkiyet hakkına yapılan ihlallerin sonrasında kaybedilen zilyetliklerin, malın iadesi ile tekrar elde edilmesi amaçlanırdı. Bu dava, ihlallerde bulunan herkese karşı ileri sürülemezdi. Bu kişilerin başında gerçek malikler gelirdi³⁷⁸. Roma hukukunda, malik olan bir kimsenin bu hakkından yoksun bırakılması düşünülemezdi. Bu nedenle, kendisine karşı *actio publiciana in rem* açılan malikler, ileri sürdükleri *exceptio dominii* (mülkiyet hakkı def'i) ile malik kalmaya devam ederlerdi³⁷⁹. Davacı, bu def'i ile karşılaştığı bir durumda dava ile amaçladığını elde edemezdi. Ancak davacı tek bir istisna durumunda, alım-satım akdinde mal satılıp teslim edilmişse, *replicatio venditae et traditae* (malın satılıp teslim edildiğine ilişkin karşı def'i) davalı gerçek malikin def'isini etkisiz kılarak davayı kazanabilirdi³⁸⁰. *Actio publiciana in rem*'in aleyhine açılmayacağı diğer grup ise, davacı ile aynı durumda olan zilyetlerdi. Dava konusu mala sonradan farklı bir kimse aracılığıyla, iyiniyetle zilyet olanlara karşı bu dava etkisini göstermezdi. Aynı durum, aynı kişi aracılığıyla

³⁷⁶ Erdoğmuş, *Publiciana*, a.g.e., s. 7.

³⁷⁷ Aynı, s. 99.

³⁷⁸ Koschaker/Ayiter, a.g.e., s. 164.

³⁷⁹ Nicholas, a.g.e., s. 126; Di Marzo, a.g.e., s. 288; Karadeniz-Çelebican, Eşya, a.g.e., s. 233; Koschaker/Ayiter, a.g.e., s. 164.

³⁸⁰ Bu def'iler için bkz., D. 6.1.72., D. 21.3.2., D. 44.4.4.32. Nicholas, a.g.e., s. 127; Di Marzo, a.g.e., s. 289; Erdoğmuş, *Publiciana*, a.g.e., s. 101-107; Karadeniz-Çelebican, Eşya, a.g.e., s. 234.

daha önceden iyiniyetle zilyet olmuş kişiler bakımından da geçerliydi³⁸¹. *Actio publiciana in rem*'in kendilerine karşı açılmasıyla davadan beklenenin elde edilemeyeceği bu kişilerin ortak özellikleri, davacıya göre daha üstün bir hakka sahip olmaları idi.

Rei vindicatio ve *actio publiciana in rem*, aynî davalar olarak karşımıza çıkardı. Ancak, *actio publiciana in rem*'in aleyhine açılacak kişilerin bu şekilde sınırlandırılması, her iki davanın aynî nitelikleri arasındaki temel farklılığı ortaya koyardı. Çünkü *rei vindicatio*, mülkiyet hakkını ihlal eden herkese karşı açılabilirdi. Bu konuda bir sınırlandırma yoktu.

Gaius ve Iustinianus'un yukarıdaki ifadelerinde yer alan kazandırıcı zamanaşımı, *actio publiciana in rem*'in ortaya çıkmasında en önemli etkiye sahip olan kavramdı. Çünkü bu dava da mülkiyet varsayımına neden olan, davacının zilyetliği kaybetmesinin sonucunda kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyeti kazanma olasılığını yitirmesiydi. Bu nedenle, davacının bu dava da, kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması için gerekli olan şartlara sahip olması aranırdı³⁸². Bu şartların ispatı, Roma hukukunda ispata ilişkin genel kurallar da dikkate alındığında, davacının üzerindeydi³⁸³. *Rei vindicatio*'nun açılabilmesi için değil, ancak davacının iddiasının kabul edilebilmesi için aranan en temel şart ise davacının gerçek malik olmasıydı. Dava sırasında kendisinden ispatlanması beklenen en önemli hususta malik olduğudur. İspat konusunda bir karşılaştırma yapılırsa, *rei vindicatio*'nun davacısının *probatio diablica* (şeytani ispat) diye belirtilen ispat yükünün daha ağır olduğu söylenebilir³⁸⁴.

³⁸¹ Karadeniz-Çelebian, Eşya, **a.g.e.**, s. 234-235.

³⁸² Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması ve dolayısıyla *actio publiciana in rem*'in açılabilmesi için gerekli olan şartları, hukukî sebep (*iusta causa*), zilyetlik (*possessio*), zamanaşımı ile kazanılmaya elverişli bir mal (*res habilis*), iyi niyet (*bona fides*) ve süre (*tempus*) olarak belirtebiliriz. Bu şartların ayrıntılı bir biçimde incelendiği bir eser için bkz., Erdoğan, *Publiciana*, **a.g.e.**, s. 39-89; A. Nadi Günal, **Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio)** (Doçentlik Tezi, Ankara, 1999), s. 62-152.

³⁸³ Bu kurallar için bkz., yuk. Bölüm 2.2.7.

³⁸⁴ *Rei vindicatio* davacısının bu ispat güçlüğünden kaçmak için *actio publiciana in rem*'i açmasının mümkün olup olmayacağı da tartışılmaktadır. Bu tartışmalar için bkz., Erdoğan, *Publiciana*, **a.g.e.**, s. 118-127.

5.2. *Actio Negatoria In Rem ve Rei Vindicatio*

5.2.1. Genel Olarak *Actio Negatoria In Rem*

Klasik hukuk döneminde *actio nagativa*, Iustnianus döneminde ise *actio negatoria in rem* ismiyle karşımıza çıkan bu dava da mülkiyetin tam ihlali değil, kısmen ihlali söz konuydu³⁸⁵. Yani burada, mal üzerindeki fiilî hakimiyetin kaybedilmesi gibi bir durum yoktu. Yapılan ihlalin sonucunda mal üzerindeki fiilî hakimiyetin kullanımı engelleyen bir durum vardı. Bu ihlallerin zilyetliği yani fiilî hakimiyeti ortadan kaldırmadığı düşünülduğünde, bunlar kısmi ihlaller olarak nitelendirilebilir.

Iustinianus'un *Instituones*'inde bu davanın isim olarak belirtilmeden genel bir biçimde özellikleri şu şekilde belirtilir:

I. 4.6.2. :

“Contra quoque de usu fructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, proiciendi, immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. 'Quod genus actionis in controversiis rem corporalium prooditum non est: nam in his agit, qui non possidet: ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet,”

I. 4.6.2. :

“İntifa, köy ve şehir taşınmazları üzerindeki irtifak haklarına ilişkin olan bu davalara, karşı açılacak davalar da vardı; bu davaları açan kimse, karşı tarafın (davalı), intifa hakkına, geçide, su nakline, bina yükseltmeye, manzara kapatmaya, çıkma

³⁸⁵ Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 230; Koschaker/Ayiter, **a.g.e.**, s. 163.

yapmaya veya dayamaya hakkı olmadığını iddia eder: bunlar da aynî davadırlar, fakat olumsuzdurlar (*negativae*). Bu davalar eşya uyuşmazlıklarını konu almazlar. Çünkü eşya üzerindeki uyuşmazlıkları dava eden, zilyet değildir: zilyet olan ise, o şeyin başkasına ait olduğunu inkar etmek üzere bir dava hakkına sahip olmazdı.”

Bu metinde söz edilen, intifa ve köy veya şehir irtifak hakları sahiplerinin, bu haklarını kullanmakla, başkalarının mülkiyet alanlarına ihlalde buldukları ve bu ihlaller nedeniyle mülkiyet hakkı sahibinin bu kişilere karşı aynî bir dava açmalarının mümkün olduğudur³⁸⁶. Mülkiyet hakkı sahibinin bu gibi bir durumda sahip olduğu davanın adı ise metinde açık bir şekilde belirtilmemektedir. Ancak, metinde yer alan *negativae* ifadesinden hareketle, burada sözü edilen davanın, eski adı *actio nagativa* olan *actio negatoria in rem* olduğunu çıkarılabilir. Bu dava sırasında, yapılan ihlallerin devamının önlenmesi için *praetor* davalıyı *cautio de amplius non turbando* ile yapılan ihlallerin gelecekte devam etmemesi veya genişletilmemesini teminat altına alırdı³⁸⁷.

O halde *actio negatoria in rem*, mülkiyet hakkı sahibinin, intifa veya irtifak hakları sahipleri tarafından³⁸⁸ mülkiyet hakkını kullanmasının engellenmesi ile karşımıza çıkan bir davaydı³⁸⁹. Bu dava, aynî niteliğe sahip, olumsuz bir davaydı. Çünkü bu dava ile malik, malına yapılan ihlaller bakımından, bu ihlalde bulunanların

³⁸⁶ Bir kimsenin mülkiyet hakkına, sınırlı aynî hak sahibi ve genellikle de intifa veya irtifak hakkı sahibi olanlar tarafından yapılan ihlaller bakımından *actio negatoria* söz konusu olabilirdi. Bu sınırlı aynî hak sahipleri ise kendileri için özel olarak öngörülmüş davalarla korunurlardı. Örneğin, İrtifak hakları, Klasik hukuk döneminde *vindicatio servitutis*, İustinianus zamanında *actio confessoria* denilen aynî bir dava ile korunurdu *Vindicatio Servitutis* yada *Actio Confessoria* ile taşınmaz üzerindeki irtifak hakkının saptanır, yeniden sağlanır ve bu hakkın ihlali dolayısıyla maruz kalınan zararlar tazmin edilirdi. Davalarla sağlanan bu korumanın yanında *praetor*'ların bu haklar için tanıdığı *interdictumlar*'la da ayrıca korunurlardı. (D. 8.5.10., D. 43.19.3.11, D. 43. 20. 1 pr.) İntifa hakkının korunması bakımından ise *vindicatio ususfructus* ismi verilen dava ile amaçlanan, haklı sebebe dayanmaksızın malı elinde bulunduranların malın toplanmış semereleri ile birlikte iadesini ve böylece hak sahibinin intifa hakkına uygun bir biçimde malı kullanmasını ve maldan yararlanmasını sağlamaktır. Küçükgüngör, **a.g.e.**, s. 118.

³⁸⁷ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 287; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 230.

³⁸⁸ I. 4.6.2.'den hareketle bu söylenebilir. Ancak, bu tür ihlallerde bulunanları intifa veya irtifak hakkı sahipleri ile sınırlandırmak, bu davanın uygulanma alanının da sınırlandırılması anlamına gelecektir. Bu nedenle biz bu konudaki tercihimizi “sınırlı aynî hak sahipleri ve genellikle de intifa veya irtifak hakkı sahipleri *actio negatoria in rem*'de ihlalde bulunanlardır” şeklinde yapmış bulunuyoruz.

³⁸⁹ Günümüzde bu davanın uygulama alanı oldukça genişlemiştir. Bu dava artık Roma hukukunda olduğu gibi yalnız irtifak veya intifa hakkı sahiplerine karşı açılabilen bir dava değil, malikin mülkiyet hakkına yapılan her türlü ihlallere karşı açılabilen bir davadır. Bu nedenle hukukumuzda bu davaya karşılık gelen haksız elatmanın önlenmesi davası, istihkak davasına oranla çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Giritlioğlu, **a.g.e.**, s. 8.

intifa veya irtifak hakkının olmadığını ileri sürerdi³⁹⁰.

5.2.2. *Actio Negatoria In Rem ve Rei Vindicatio*

Actio negatoria in rem ile *rei vindicatio* arasındaki en belirginlik farklılık, mülkiyet hakkına yapılan ihlaller bakımından karşımıza çıkar. *Rei vindicatio*, mülkiyet hakkının tam ihlalinde açılırdı. *Actio negatoria in rem* ise, mülkiyetin kısmen ihlal edilmesi ile açılabilirdi. Çünkü, *rei vindicatio*'da, mülkiyet hakkının kullanımı tamamen engellenirdi. *Actio negatoria in rem*'de ise mülkiyet hakkının kullanımı tamamen değil, kısmen engellenmektedir. Örneklerine bakıldığında, başkasının arsasından su geçirmek yada başkasının arsasına kayacak şekilde bina yapmak gibi davranışlar mülkiyetin kullanımını *rei vindicatio*'da olduğu gibi tamamen ortadan kaldırmazdı.

Ihlallerin tam veya kısmi nitelikte olmasının, ihlalde bulunanlar bakımından sonuçları da farklıdır. *Rei vindicatio*'da davalı olanlar yani ihlalde bulunanlar, o malın zilyetleri iken, *actio negatoria in rem*'de davalı olanlar yani ihlalde bulunanlar, o malın zilyedi olarak karşımıza çıkmazdı. Bu kişiler sınırlı aynî hak (*iura in re aliena*) sahipleri ve genellikle intifa veya irtifak hakkı sahipleriydi³⁹¹. Çünkü *actio negatoria in rem*'de biri mülkiyet diğeri sınırlı aynî hak olan, aynî hakların çatışmasından kaynaklanan bir uyumsuzluk vardı.

Actio negatoria in rem'de davacı, malik olduğunu ispat ettikten sonra davalının intifa veya irtifak hakkı olmadığını iddia ederdi³⁹². *Rei vindicatio*'da ise davacı, malik olduğunu ispat ederdi. Ayrıca davalının zilyet olmadığını ileri sürmesine, mülkiyet hakkının ispatından sonra gerek kalmazdı. Çünkü böyle bir ispattan sonra, davalının def'î olanağı da yoksa, malikin aynı zamanda zilyet olduğu da tespit edilmiş olurdu.

Actio negatoria in rem'in sonucunda iade edilen, bir mal değildi. Bu davanın sonucunda ihlal tespit edilir ve ortadan kaldırılırdı. *Rei vindicatio*'da ise iade edilen bir mal vardı³⁹³. *Actio negatoria in rem*'de uyumsuzluk konusu mal değil, bir kimsenin

³⁹⁰ Metzger, **a.g.m.**, s. 218; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 287; D. 7.6.5.6.

³⁹¹ Di Marzo, **a.g.e.**, s. 287; Karadeniz-Çelebican, Eşya, **a.g.e.**, s. 229.

³⁹² Di Marzo, **a.g.e.**, s. 287.

³⁹³ Yada en azından böyle bir talep vardı ve bu talep doğrultusunda aynî mahkûmiyet kararı sistem dışı yargılama sonrasında mümkün olmuştur. Bkz., yuk. Bölüm 2.2.4.

mülkiyetindeki bir malın, sınırlı aynî hak sahibi olmayan kişiler tarafından haksız kullanımı idi. İki dava arasında belirttiğimiz bu farklılıklar, her ikisi de aynî dava olan bu davaların, aynî dava niteliklerini de farklılaştırırdı.

SONUÇ

Rei vindicatio, Roma hukukunda *Quirites (Ius Civile)* mülkiyetini koruyan bir davaydı. Bu davanın ana kavramları hak, dava, *Quirites (Ius Civile)* hukuku ve mülkiyet hakkı idi. Bu kavramların ilişkili oldukları diğer kavramlar da dikkate alındığında, *rei vindicatio* için bir kavram yumağı benzetmesi yapılabilir.

Roma hukukunda hak, tanımlanması oldukça güç bir kelimeydi. Çünkü Romalılar hakkı, ayrı bir kavram olarak değil, ilişkili olduğu diğer kavramlarla birlikte ele almışlardı. Bu kavramlardan biri olan dava, Roma hukuku metinlerinden *Digesta*'da ve Iustinianus'un *Institutiones*'inde "borçlu olunan şeyi hakim önünde talep etmek hakkı" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımın oldukça basit ve bu nedenle de eksik bir tanım olduğu görülmektedir. Eksik olan tarafı, davanın yalnızca şahsî haklarla ilişkilendirilmesidir. Bu tanımda, borçlu olan şeyi talep etme hakkı ile belirtilen, şahsî haklardır. Hukukçu olmayanlar için bu eksiklik kolaylıkla fark edilemeyeceğinden bu tanımdan Roma hukukunda davaların, şahsî dava niteliğinde olduğu anlaşılabilir. Ancak hakların bir diğer bölümü olan, mal üzerinde bireylere hakimiyet sağlayan aynî hakların da davalar için verilen bu tanıma dahil edilmesi gerekirdi. Bu eksiklik bir tarafa bırakılacak olursa, bu tanımda yer alan talep etme hakkı ifadesinden Roma hukukunda davaların bir hak olduğu anlaşılabilir. Bu iki kavram arasındaki bu sıkı ilişki, *rei vindicatio*'nun iki farklı boyutunun olduğunun da bir göstergesiydi. Çünkü Roma hukukunda, hak ve dava kavramları arasındaki ilişkinin çok sıkı bir nitelikte olması, bu kavramlardan ortaya çıkan birçok hukukî kavramın, hukukun çeşitli dalları arasındaki yerinin kesin bir şekilde belirlenmesini engellerdi. Bu durum, Roma hukukunda *rei vindicatio* bakımından da geçerliydi. *Rei vindicatio*'nun kapsamında, maddî hukuka ve usul hukukuna ilişkin bir çok konu yer alırdı. Bu nedenle incelenmesi kolaylıkla sınırlandırılabilir bir dava değildir. Ancak haklar, ileri sürüldükleri davalarla birlikte ortaya çıktıkları için, davalardan önce hukukî varlık kazanamazlardı. Roma hukukunda soyut bir kavram olan hak, davalarla somutlaşırdı. Davaların niteliğinin, hakların niteliğinin belirleyicisi olması da bu nedenleydi. Bu durum haklardan önce davaların incelenmesini gerektirirdi.

Rei vindicatio, Roma hukukunun en eski dönemlerinde eski adı *Quirites* hukuku olan *ius civile*'nin mülkiyetini koruyan bir davaydı. Katı bir şekilcilik anlayışının hakim olduğu *ius civile*'de mülkiyetin geçerli bir şekilde kazanılabilmesi, bazı şekli işlemlerin yapılmasını gerektiriyordu. *Mancipatio* ve *in iure cessio* olarak adlandırılan mülkiyetin devri işlemleri, belirli malları yani *res mancipi*'leri ve *res nec mancipi*'lerden sadece taşınırları ve belirli kişileri yani Roma vatandaşlarını ve *Latinus*'lardan *ius commercium*'u olanları konu alırdı. Bu şartların birlikte gerçekleşmemesi durumunda mülkiyetin kazanılmasından söz edilemezdi. Her ne kadar bu şartlar, Romalıların mülkiyet hakkına, özellikle aleniyet sağlamak konusunda verdikleri önemin bir göstergesi olsa da, toplumsal ve hukukî düzeni sağlamada yeterli değildi.

Bu şartlarla mülkiyet hakkına sahip olan kimselerin, maliki oldukları malları üzerinde fiilî hakimiyetlerini ortadan kaldıran, bu maldan bekledikleri yararı sağlayamamalarına neden olan ihlaller karşısında korunmalarını sağlamak, her hukuk düzeninde olduğu gibi Roma hukukunda da, hukukun bireylere sağladığı güvencelerin başında gelirdi. Bu tür ihlaller karşısında korumayı sağlayacak yolların başında dava gelir ve Roma hukukunda *ius civile* mülkiyetini koruyan dava *rei vindicatio* idi. Bu dava, küçük bir tarım ülkesinden imparatorluğa doğru gelişim gösteren Roma'da, değişen ihtiyaçlara karşılık vermede yetersiz kaldığından, bu ihtiyaçlar doğrultusunda zamanla değişti. Bu değişikliklerde etkili olan yalnızca toplumsal alandaki değişimler değil, aynı zamanda hukuksal alandaki değişikliklerdi. Bu alandaki en önemli ve *rei vindicatio*'yu doğrudan etkileyen değişiklikler Roma usul hukuku alanında olmuştur. Bu nedenle Roma usul hukukunu ve bu alanda meydana gelen değişiklikleri bilmeden *rei vindicatio*'yu tam anlamıyla açıklamak mümkün değildir.

Roma usul hukukunda farklı dönemlerde farklı yargılama sistemleri geçerli oldu. *Ordo Iudiciorum Privatorum* yani Özel Mahkemeler Sistemi, Roma usul hukukunda karşımıza çıkan ilk yargılama usulüydü. Bu usulün en dikkat çeken özelliği yargılamanın, biri *magistra* diğeri hakem (veya özel hakim) önünde olan iki aşamadan oluşmasıydı. Kendi içinde iki farklı şekilde gelişme gösteren bu usulde, ilk olarak *legis actio* yargılaması daha sonra bir geçiş dönemi sonrasında *formula* yargılaması geçerli oldu. *Legis actio* yargılamasında uyuşmazlıklar belli dava kalıpları içinde görülürdü. Aynî haklara ilişkin olan uyuşmazlıklar ise *legis actio per sacramentum in rem* adı

verilen dava kalıbı içinde görülürdü. *Legis actio* yargılamasının *rei vindicatio*'su da bu dava kalıbıydı. Burada katı bir şekilcilik anlayışıyla davalar görülürdü. Bu şekilcilik anlayışını, uyuşmazlık konusu malın veya bir parçasının *magistra* önünde hazır bulundurulmasından ve *magistra* önünde söylenen sözlerden kolaylıkla anlamak mümkündür. *Formula* yargılamasının *rei vindicatio* bakımından bu anlamda önemli değişikliklere neden olduğu söylenebilir. Çünkü bu yargılama usulünde sözlü şekilcilik anlayışı terk edildi ve bunların yerini yazılı *formula*'lar aldı. *Rei vindicatio* bu dönemde bağımsız bir nitelik kazandı. Bu dava için belirli *formula*'lar kabul edildi. Bu *formula*'lar doğrultusunda davanın ne şekilde görüleceği hakime bildirilirdi. Ancak bu durum, hakimin takdir yetkisini sınırlandırdı. *Formula*'ların emredici kısmı olan *condemnatio*'da mahkum etme aksi halde beraat ettirme konusunda hakime yetki verilmekteydi. Burada hakimin vereceği mahkûmiyet kararının, mutlaka paraya ilişkin olması gerekirdi. *Rei vindicatio* bakımından *formula* yargılamasının en önemli eksikliği bu noktada karşımıza çıkardı. Çünkü bu davada aynî talebe karşılık nakdi mahkûmiyet kararı verilmesi, malik ile mal arasındaki hakimiyet ilişkisini tekrar sağlamazdı. Bu nedenle bu usulde gerçek maliklerin tam anlamıyla korunduğu söylenemezdi. Bu ise davanın işlevselliğini engeller ve *rei vindicatio*'nun aynî niteliğini etkilerdi. Bu dönemden sonra *formula*'lara dahil edilmek suretiyle *praetor*'lar tarafından kabul edilen def'îler, haklının güvence altına alınmasında etkili olmuştu.

Roma usul hukukunun en parlak dönemi *cognitio extra ordinem* adı verilen sistem dışı yargılamaydı. Bu aşamada devlet memuru statüsünde, bu işi meslek olarak yapan hakimlerin tek bir aşamada yargılamayı yapar ve karar verirdi. Bu dönemde meydana gelen değişikliklerden *rei vindicatio* bakımından en etkili olanı, aynî mahkûmiyet kararının verilebilmesiydi. Yine bu dönemde kabul edilen kanun yolları ile hakimin verdiği kararlar birlikte hukukî çarelerin hemen tüketilmiş olmaması da davanın taraflarına sağlanan güvencelerden biriydi.

Rei vindicatio “*ius civile*'ye göre malik olan, ancak zilyetliğini çeşitli nedenlerle kaybetmiş kişilerin, uyuşmazlık konusu mala zilyet olan ancak malik olmayan kişilere mülkiyet iddiasını yönelttiği dava” olarak tanımlandığında, bu davada davacı tarafın *ius civile*'ye göre yukarıda belirtilen şartlarla malik olanlar olduğu, davalı tarafın ise uyuşmazlık konusu mala zilyet olan ancak malik olmayanlar oldukları anlaşılır.

Iustinianus döneminde vazüyetlere ve varsayıli zilyetlere karşı da bu davanın açılabilceği kabul edildi. Bu durum, mülkiyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi bakımından oldukça olumlu bir değişiklik oldu. Ancak *rei vindicatio*, varsayıli zilyetlere karşı açıldığında, bu davanın aynî niteliğinin bir sonucu olan dava konusu malın iadesi sağlanamazdı. Çünkü varsayıli zilyetler, mal elinde bulunmadığı halde zilyet olarak kabul edilenlerdi. Bu durumda bu kişilerden yalnızca uğranılan zararın tazmin edilmesi, *rei vindicatio*'nun aynî niteliğine bir istisna oluştururdu.

Roma hukukunda ispata ilişkin olan genel kurallar doğrultusunda ispat yükünün kimin üzerinde olduğu belirlenirdi. İspat yükü, iddia eden üzerinde olduğu için davada hangi taraf iddiada bulunuyorsa bu iddiasını ispatla yükümlüydü. Roma hukukunda *legis actio* yargılaması dışında ispat yükü, ilk olarak mülkiyet hakkının kendisine ait olduğu iddiasıyla *rei vindicatio*'yu açan davacının üzerindeydi. *Legis actio per sacramentum in rem*'de ise her iki tarafta mülkiyet iddiasında bulunduğu için her iki tarafın ispat konusundaki yükü eşitti. *Rei vindicatio*'da mülkiyet hakkının ispatı oldukça zordu. Davacı mülkiyeti devren kazanmış ise malik olduğunu ispat edebilmesi için kendisinden önce mala malik olanların geçerli bir şekilde mülkiyeti kazandıklarını da ispat etmesi gerekirdi. Buradaki ispat güçlüğü, davanın hemen başında taraflar arasında eşsizliğe yol açardı. Bu ispat güçlüğünden dolayı, mülkiyet hakkı ihlal edilenler için *rei vindicatio* cazip bir dava olmaktan uzaklaştı. Bu davanın yerine zilyetliği koruyan yollara daha çok başvurulurdu. İddiaların ispatı bu dava bakımından oldukça önemliydi. Çünkü karşılıklı iddiaları dinleyen hakim, iddialarını en iyi şekilde ispatlayan taraf lehine kararı verirdi.

Formula'ya eklenmiş, davalıya ait savunma olanağı olan def'iler sayesinde, davalının haksız yere mahkum edilmesi önlenirdi. *Rei vindicatio* bakımından söz konusu olan belli başlı def'ilerden en genel nitelikte olanı, hile def'î (*exceptio doli*) idi. Bu def'î davalının, dava konusu mala yaptığı masraflarda, mal üzerinde sahip olduğu sınırlı aynî haklarda karşımıza çıkardı. "*Exceptio rei venditae et traditae*" yani satılmış ve teslim edilmiş malın def'î, *rei vindicatio*'da sıklıkla ileri sürülen bir def'iydi. *Praescriptio longi temporis* yani uzun zaman def'î ve *exceptio iudicatae* yani kesin hüküm def'î bu davada ileri sürülebilen diğer def'ilerdi.

Rei vindicatio iki boyutu olan bir davaydı. Bu davanın usul hukuku boyutunu incelemeyen maddî hukuk boyutunu incelemek, Roma hukukunda hak ve dava kavramları arasındaki ilişki dikkate alındığında, belirli konularda karışıklıklara yol açar. Bu nedenle bu çalışmada Roma usul hukukunu, *rei vindicatio*'yu ilgilendiren konularla birlikte inceledikten sonra maddî hukukun bir parçası olan eşya hukuku bakımından inceledik.

Aynî davalar, bir mal üzerinde herkese karşı ya mutlak yada belirli bir hakimiyet tesis ederek, bu hakimiyetin kullanımına engel olan her hangi bir kimsenin, bu tür davranışlarına karşı açılan davalardır. Bu davalar da husumet mala yöneltilirdi. *Rei vindicatio*'da aynî davalara ilişkin bu özelliklere sahip olduğundan aynî dava niteliğindedir. Ancak *rei vindicatio*'nun bu niteliğine usul hukukundan kaynaklanan aykırı uygulamalar vardı. *Formula* yargılamasında aynî mahkûmiyet kararının verilememesi *rei vindicatio*'nun bu niteliğine ters düşerdi. Yine bazı durumlarda *rei vindicatio*'ya şahsî hakların dahil edilmesi de aynı duruma neden olurdu.

Rei vindicatio ile asıl amaçlanan mülkiyet iddiasında bulunulan malın iadesini sağlamaktır. Davacının mülkiyet hakkını tespit etmesi bunu sağlamak için oldukça önemlidir. Davacı, gerçek malik olduğunu ispat ettikten sonra, davalı def'î ileri sürmemişse veya bu olanağa *praetor* tarafından sahip kılınmamışsa, malın fiilî hakimiyetini tekrar elde ederdi. Davacı malik olduğunu ispat edemezse, malın fiilî hakimiyetine davalı sahip olmaya devam ederdi. Yani davanın öncesi ile sonrası arasında fark meydana gelmezdi. Ancak davacı mülkiyet iddiasında haklı ise, bu durumda malın iadesi dışında davanın farklı sonuçları ile karşılaşılırdı. Bu sonuçlardan biri olarak dava konusu mala gelen zararlardan ve malın yok olmasından davalının sorumluluğu, Roma hukukunda dönemlere göre farklı sorumluluk ölçütleri dikkate alınarak belirlenirdi. Yine sorumluluğun belirleyicisi olarak, davalının iyiniyetli olup olmadığına ve zararın *litis contestatio*'dan önce gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılırdı. Asıl malla birlikte iade edilmesi gereken doğal semerelerin iadesi de benzer şekilde davalı zilyedin iyiniyetli olup olmamasına, semerelerin *litis contestatio*'dan önce veya sonra elde edilmesine ve Klasik hukuk dönemi ile Iustinianus dönemlerine göre farklılık gösterirdi.

Roma hukukunda, yapılan masrafların talep edilebileceği bir dava bulunmadığından, *praetor*, davalıya def'î olanağı sağlamıştı. Davalının dava konusu mala yaptığı masraflar, zorunlu (*necessariae*), faydalı (*utiles*) veya lüks (*voluttuariae*) nitelikte olabilirdi. Masrafların ödenmesi, yapılan masrafın niteliği de dikkate alınarak, zilyedin iyiniyetli yada kötünüyetli olmasına ve Klasik hukuk dönemi ile Iustinianus dönemine göre farklılık gösterirdi.

Rei vindicatio'nun, Roma hukukunda mülkiyet hakkının korunmasına hizmet den diğer davalarla benzer yönleri bulunmakla birlikte büyük ölçüde farklıydı. Genel olarak bakıldığında, mülkiyeti koruyan bu davaların, *rei vindicatio*'nun eksik yönlerini tamamladığı söylenebilir. Örneğin, hakkaniyetin gereği olarak kabul edilen *actio publiciana in rem, ius civile*'ye göre geçerli bir biçimde malik olamayanların *rei vindicatio* ile korunamamaları durumunda, varsayımlı bir mülkiyete sahip oldukları kabul edilerek korundukları davalardı. Görünüşte *rei vindicatio* ile varsayımsal olsa da aynı amaca hizmet eden bu dava, *rei vindicatio*'dan oldukça farklı özelliklere sahipti. Roma hukukunda mülkiyeti koruyan bir diğer dava olan *actio negatoria in rem* için de aynı şeyleri söylemek mümkündür. Bu dava ile *rei vindicatio* arasında en büyük farklılık yapılan ihlallerin kısmi nitelikte olmasıydı. Kısmi ihlalden maksat, fiilî hakimiyeti ortadan kaldırmayan ancak fiilî hakimiyetin kullanımı engelleyen ihlallerdi. Sonuçta, Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra *rei vindicatio* ile birlikte mülkiyeti koruyan bu davalar da ortadan kalktı. Ancak hukukumuzda ve diğer çağdaş özel hukuk sistemlerin mülkiyeti koruyan davaları üzerinde etkisini sürdürmüştür.

KAYNAKÇA

I- GENEL ESERLER

Akipek, G. Jale ve Turgut Akıntürk. **Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku.** Dördüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2002.

Akipek, Jale. **Türk Eşya Hukuku- Aynî haklar.** Ankara: Sevinç Matbaası, 1971.

Anayurt, Ömer. **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları.** Dördüncü Basım. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2002.

Aybay, Aydın ve Rona Aybay. **Hukuka Giriş.** İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003.

Ayiter, Kudret. **Roma Hukuku Dersleri- Aile Hukuku.** İkinci Basım,. Ankara: AÜHF Yayınları, 1963.

Ayiter, Nuşin. **Eşya Hukuku.** Ankara: Sevinç Matbaası,1977. (Eşya)

Berki, Şakir. **Roma Hukuku.** Ankara: AÜHF Yayınları, 1949.

Bilge, Necip. **Hukuk Başlangıcı-Hukukun Temel Kavram ve Kurumları.** Ondördüncü Basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.

Di Marzo, Salvatore, **Roma Hukuku.** Çeviren: Ziya Umur. İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1959.

Erdoğan, Belgin. **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995. (Tarihi Giriş)

Ertaş, Şeref. **Eşya Hukuku.** Beşinci Basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Esener, Turhan ve Kudret Güven. **Eşya Hukuku.** Üçüncü Basım. Ankara: Gazi Büro Kitabevi, 1996.

Güriz, Adnan. **Hukuk Başlangıcı**. Dokuzuncu Basım. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003.
(Hukuk)

Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. **Eşya Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.

Honig, Richard, **Roma Hukuku**. Çeviren: Şemsettin Talip. İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1938.

Karadeniz Çelebican, Özcan. **Roma Eşya Hukuku**. Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış İkinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005. (Eşya)

_____. **Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi**. Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onbirinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005. (Tarihi Giriş)

Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Anahatları**. Ankara: AÜHF Yayınları, 1971.

Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **Medeni Usul Hukuku**. Onüçüncü Basım. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2001.

Nicholas, Barry. **An Introduction to Roman Law**. Oxford, Clarendon Press, 1962.

Oğuzman, Kemal ve Özer Seliçi. **Eşya Hukuku**. Üçüncü Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.

Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**. Onuncu Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2003.

Oğuzoğlu, H. Cahit. **Medeni Hukuk-Şahsın Hukuku**. Ankara: AÜHF Yayınları, 1958.

_____. **Roma Hukuku**. Ankara: AÜHF Yayınları, 1959.(Roma)

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medeni Usul Hukuku.** Üçüncü Basım. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2004.

Rado, Türkan. **Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997.

Schwarz, Andreas B., **Roma Hukuku Dersleri - Cilt I.** Çeviren: Türkan Rado. Altıncı Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1963.

Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Usul Hukuku.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994. (Usul)

Umur, Ziya. **Roma Hukuku – Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi.** İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970. (Hakların Himayesi)

_____. **Roma Hukuku-Ders Notları.** Üçüncü Basım. İstanbul: Beta Yayınları, 1999. (Ders Notları)

_____. **Roma Hukuku-Eşya Hukuku (Aynî haklar).** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983. (Eşya)

Üstündağ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II.** Yedinci Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.

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

II-MONOGRAFI VE TEZLER

Aslan, Kudret. **Hacizde İstihkak Davası.** Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

Atalay, Oğuz. **Menfi Vakıaların İspatı.** İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.

- Barton, J. L. "Animus and Possessio Nomine Alieno," **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Edited By Peter Birks. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Başgil, Ali Fuad. **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri : Siyasi ve Sivil Hukuk Üzerinde Etütler**. İstanbul : Hak Kitabevi, 1946.
- Bertan, Suat. **Aynî Haklar Cilt 1**. Ankara: Balkan Basım ve Ciltevi, 1976.
- Buckland, W.W. **A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian**. Second Edition, Cambridge: Oxford Press,1932.
- Challaye, Felicien, **Mülkiyetin Tarihi**. Çeviren: Arif Kızıntuğ. İstanbul: Düşünen Adam Yayınları,1994.
- Chorus, Jeroen M. J. "Illegal Alienations in Classical Roman Law," **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Edited By Peter Birks. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Engels, Friedrich, **Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni**. Çeviren: Kenan Somer. Onuncu Basım. Ankara: Sol Yayınları, 1992.
- Erdoğan, Belgin. **Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana In Rem**. İstanbul: Acar Matbaacılık,1984. (Publiciana)
- Eren, Fikret. "Mülkiyet Kavramı," **Recai Seçkin'e Armağan**. Ankara: AÜHF Yayınları, 1974.
- Feenstra, Robert. "*Dominium and Ius In Re Aliena*," **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Edited By Peter Birks. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Gaius. **The Institutes of Gaius**. Edited by W.M. Gordon, O.F. Robinson London: Gerald Duckworth&Co. Ltd., 1997. (Gai.)

- Giritlioğlu, Necla. **Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984.
- Gökçe, Mengü. "Roma Hukukunda Hile (*Dolus*).” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- Görgün, Şanal. **İflasta İstihkak Davası**. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1977.
- Günel, Ahmet Nadi ve Erkan Küçükgüngör. **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları**. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998.
- Günel, Ahmet Nadi. **Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı. (*Usucapio*)** (Doçentlik Tezi, Ankara, 1999)
- _____. **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (*Condictio Indebiti*)**. Ankara: AÜHF Yayınları, 1996.
- Güriz, Adnan. **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**. Ankara: AÜHF Yayınları, 1969. (Mülkiyet)
- Güven, Diler Tamer. "Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987.
- Iustinianus, ***Institutiones***. Çeviren: Ziya Umur. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968. (I.)
- Iustinianus. ***The Digest of Justinian***. Edited by Teodor Mommsen, Paul Kruger, Alan Watson Philadelphia: Pennsylvania Press, 1985. (D.)
- Jones, Robin Evans and Geoffrey D. Maccormark. "*Iusta Causa Traditionis*,” **New Perspectives in the Roman Law of Property (Essays For Barry Nicholas)**. Edited By Peter Birks. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Karadeniz, Özcan. **Roma'da Kamulaştırma ve Kamu Yararı Kavramı**. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975. (Kamu Yararı)

- Karahasan, Mustafa Reşit. **Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku Cilt 1**. İstanbul: Beta Yayınevi, 1999.
- Küçükgüngör, Erkan. **Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus)**. (Ankara: AÜHF Yayınları, 1998.
- Metzger, Ernest. “Actions”, **A Companion to Justinian’s Institutes**. New York: Cornell Universty Press,1998.
- Miller, D.L. Carey. “Property”, **A Companion to Justinian’s Institutes**. New York: Cornell Universty Press,1998.
- Özdemir, H. Gökçe. **Roma ve Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Paribeni, Roberto, **Roma Ailesi**. Çeviren: Şemseddin Talip. İstanbul: Ahmet İhsan Basımevi,1935.
- Sütken, Elvan. “Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Meseleleri**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996.
- Tahiroğlu, Bülent. **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**. Üçüncü Basım. İstanbul: Der Yayınları, 2001.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe. **Roma Usul Hukukunda Plus Petitio Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri**. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2004.
- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. **İspat Yükü**. İkinci Basım. İstanbul: Kazancı Matbaacılık, 1980.

Villey, Michel, **Roma Hukuku Güncelliği**. Çeviren: Bülent Tahiroğlu. İstanbul: Der Yayınları, 1985

Watson, Alan. **Ancient Law and Modern Understanding**. Athens-London: The University of Georgia Press, 1998.

III-MAKALELER

Akipek, Jale. “Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi** V, I: 1-15, 1969.

Berki, Şakir. “Roma Hukukunda Aynî Haklar”, **AÜHFD** 5, 1-4: 1948.

Ceylan , Seldağ Güneş. “Roma Hukukundan Günümüze İstihkak Davası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** III, 1-2: 149-163, 1999.

Colognesi, Luigi Capogrossi. “Roma Egemenliği, Yurttaşlık ve Kölelik”, Çeviren: Özcan Çelebican, **AÜHFD** 43, 1-4: 299-312, 1993.

Günel, Ahmet Nadi. “Roma Hukukunda Mülkiyetin Kazandırıcı Zamanaşımı ile İktisabının Yeri ve Önemi”, **AÜHFD** 47, 1-4: 119-136, 1998.

Karadeniz Çelebican, Özcan. “Çağdaş Mülkiyet Anlayışı ve Bu nedenle Roma Mülkiyetinin Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **BATIDER** 13, 3-4: 157-184, 1986. (Mülkiyet)

Küçükgüngör, Erkan. “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat,” **Ali Bozer’ e Armağan**. Ankara:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998. (İspat)

Oğuz, Arzu. “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*’nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)”, **AÜHFD** 47, 1-4: 49-83,1998.

Riccobono, Salvatore. “Roma Doktrininde Hakkın Suistimali Nazariyesi”, Çeviren: Ziya Umur, **İUHFM** XXII,1-4: 350-397, 1957.

Türkoğlu Özdemir, Gökçe. “Roma İcra Hukuku”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** VIII, 1-2: 127-171, 2004. (İcra)

Zilelioğlu, Hilal. “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, **AÜHFD** XXXIX, 1-4: 241-264,1982-1987.

IV-DİĞER KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı No:8 (1971)

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügati**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1983. (Lügat)

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**. Genişletilmiş Beşinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.