

**ROMA HUKUKU'NDA ŞEKİL**

**Elvan SÜTKEN**

**Doktora Tezi**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı**

**Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Şubat 2010**

**ROMA HUKUKU'NDA ŞEKİL**

**ELVAN SÜTKEN**

**DOKTORA TEZİ**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı**

**Danışman: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL**

**Eskişehir**

**Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Şubat 2010**

## DOKTORA TEZ ÖZÜ

### ROMA HUKUKU'NDA ŞEKİL

Elvan SÜTKEN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şubat 2010

Danışman: Prof.Dr. A. Nadi GÜNAL

Günümüz hukukunun temeli olan Roma Hukuku'ndan bu yana, hukuki işlemlerde şekil unsuru önemini korumuştur. Hukuki işlemlerde şekil, kişilerin iradelerini beyan ederken başvurdukları söz ya da yazılı işaret gibi dış kalıplardır. Roma Hukuku, günümüz hukuk sisteminden farklı şekil anlayışına sahiptir. Roma Hukuku'nun, özellikle *ius civile* işlemleri dikkate alındığında, oldukça şekilci bir hukuk olduğu bilinmektedir. *Ius gentium* ise, esnek ve değişen toplum koşullarına açık hukuk kurallarını içermektedir. Tezin birinci bölümünde, önce şekil konusu kavram olarak ele alınıp, hukuk düzeni ve şekil anlayışında meydana gelen değişim incelenmiş, ayrıca, günümüz hukukundaki şekil anlayışı açıklanmıştır. *Ius civile*'nin ve *ius gentium*'un hukuki işlemlerin şekli özelliklerini farklı olarak etkilediği belirtilmiştir. Roma Usul Hukuku işlemlerinin şekli özellikleri incelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde, maddi hukuk alanında şekle bağlı olarak yapılan başlıca Roma Hukuku işlemleri inceleme konusu olmuştur. Bu işlemlerin hangi sebeplerle ve kaygılarla şekle bağlı olarak yapılmış olduğunu açıklamak uygun görüldüğünden, yeri geldikçe bu işlemlerin içinde yer aldığı Roma Hukuku kurumları hakkında bilgi verilmiştir. İlk olarak Roma Eşya Hukuku'nda mülkiyeti devir işlemleri olan "*mancipatio*" ve "*in iure cessio*" incelenmiş, daha sonra Roma Borçlar Hukuku kapsamındaki, şekle bağlı çok önemli bir işlem olan sözlü akid *stipulatio* üzerinde durulmuştur. Daha sonra, Roma Aile Hukuku'ndaki hısımlık, aile (*familia*), baba hakimiyeti (*patria potestas*), evlilik (*matrimonium*), nişanlanma (*sponsalia*), *dos* tesisi gibi önemli kurumlar, şekle bağlı işlemlerle ilintili olarak ele alınmıştır. Roma Kişiler Hukuku'nda ise azat etme işlemleri şekil açısından değerlendirilmiştir. Roma Miras Hukuku'nda ise özellikle vasiyetname (*testamentum*) türleri, vasiyetnamenin içeriği, mirası kabul şekilleri etraflıca incelendikten sonra çalışmaya son verilmiştir.

**ABSTRACT**  
**FORM IN ROMAN LAW**

**Elvan SÜTKEN**

**Department of Private Law**

**Anadolu University Social Sciences Institute, February 2010**

**Supervisor: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL**

Formal procedures have been considered as vital in terms of juridical transactions since the epoch where the Roman law, the basis of our contemporary law system, was preeminent and ruling. Formal procedures employed in juridical transactions refer to external forms such as verbal or written indications and remarks applied for declarations of intent. The Roman law comprises a unique perception with regard to formal procedures, which highly differs from the one of our contemporary law system. The Roman law is reputed as considerably formalist notably when the *ius civile* related transactions are taken into consideration. However, *ius gentium* included legal principles which were more flexible and adaptable in accordance with varying social backgrounds. The first part of this doctoral dissertation shall first examine the “form” issue within juridical context as well as the alternation thereof and of the juridical system. In addition, the contemporary perception with regard to form related issues shall also be examined herein. *Ius civile* and *ius gentium* are stated to differently affect the formal characteristics of juridical transactions. The formal characteristics of Roman procedural law is also examined.

The second part of this doctoral dissertation shall analyse the principal Roman law transactions needed to be carried out in conformity with specific formal procedures which were performed within the context of substantive law. Since we believe that it would be accurate and necessary to clarify in the relevant chapter of this study on what purposes and concerns such transactions are needed to be carried out in conformity with specific formal procedures, information with regard to the relevant institutions of Roman law is also provided in the relevant chapters. This study shall first examine “*mancipatio*” and “*in iure cessio*”, which were transactions related to transfer of possession in the Roman law of property. Subsequently, the verbal contract called *stipulatio*, a transaction of primary importance of the Roman law of obligations that was needed to be carried out in conformity with a specific formal procedure shall be analysed. Afterwards, the Roman family law related certain fundamental institutions such as relationship, family (*familia*), paternal power (*patria potestas*), marriage (*matrimonium*), engagement (*sponsalia*) and dowry (*dos*) shall be discussed in connection with the transactions needed to be carried out in conformity with specific formal procedures. As to the Roman law of persons, manumission shall be reviewed in terms of formal procedures. Finally, notably the forms of wills (*testamentum*), the content of wills and the acceptance of inheritance shall be analysed in details regarding the Roman law of succession.

## JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Elvan SÜTKEN'in "Roma Hukukunda Şekil" başlıklı tezi 14 Nisan 2010 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Anabilim Dalında Doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Nadi GÜNAL  
Üye : Prof.Dr.Erhan TÜRKER  
Üye : Prof.Dr.Özcan UÇKAN  
Üye : Doç.Dr.Haluk EMİROĞLU  
Üye : Yard.Doç.Dr.Eşref KÜÇÜK

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

## İÇİNDEKİLER

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| ÖZ .....                    | ii   |
| ABSTRACT .....              | iii  |
| JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI ..... | iv   |
| ÖZGEÇMİŞ .....              | v    |
| KISALTMALAR .....           | xiii |
| GİRİŞ .....                 | 1    |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE “ŞEKİL” KAVRAMI

|  |    |
|--|----|
| 1. “ŞEKİL” KAVRAMI .....   | 6  |
| 1.1. Hukuk Düzeni ve Şekil Anlayışında Meydana Gelen Değişim ..... | 7  |
| 1.2. Şeklin Türleri, Faydaları ve Sakıncaları .....                | 10 |
| 1.2.1. Şeklin Türleri .....  | 10 |
| 1.2.1.1. Amaçlarına Göre Şeklin Türleri .....                      | 11 |
| 1.2.1.2. Yapılış Tarzına Göre Şeklin Türleri .....                 | 13 |
| 1.2.1.2.1. Adi Yazılı Şekil .....                                  | 13 |
| 1.2.1.2.2. Nitelikli Yazılı Şekil .....                            | 14 |

|   |           |
|---|-----------|
| 1.2.1.2.3. Resmi Şekil .....  | 14        |
| 1.2.1.2.4. Tescil .....   | 15        |
| 1.2.1.2.5. Sözlü Şekil.....   | 15        |
| 1.2.1.2.6. İlân .....   | 16        |
| 1.2.2. Şeklin Faydaları .....   | 16        |
| 1.2.3. Şeklin Sakıncaları.....  | 16        |
| 1.3. Günümüz Hukukunun Kabul Ettiği Sistem.....                                       | 16        |
| <br>  |           |
| <b>2. <i>IUS CIVILE</i>'NİN VE <i>IUS GENTIUM</i>'UN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ ....</b> | <b>20</b> |
| 2.1. <i>Ius Civile</i> 'nin Etkisi.....   | 21        |
| 2.2. <i>Ius Gentium</i> 'un Etkisi .....  | 22        |
| <br>  |           |
| <b>3. ROMA USUL HUKUKU'NDA YARGILAMANIN GELİŞİMİ AŞAMALARI<br/>VE ŞEKİL.....</b>      | <b>24</b> |
| 3.1. Özel Yargılama Sistemi ( <i>Ordo Iudiciorum Privatorum</i> ).....                | 27        |
| 3.1.1. “ <i>Legis Actiones</i> ” Usulü.....   | 28        |
| 3.1.2. “ <i>Formula</i> ” Usulü .....   | 32        |
| 3.2. Sistem Dışı Yargılama ( <i>Cognitio Extra Ordinem</i> ) .....                    | 37        |

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**ROMA HUKUKU'NDA ŞEKLE BAĞLI OLARAK YAPILAN BAŞLICA**  
**İŞLEMLER**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. EŞYA HUKUKU'NDA.....</b>   | <b>41</b> |
| <b>1.1. Mancipatio .....</b>   | <b>43</b> |
| <b>1.1.1. Mancipatio'nun Yapılış Şekli .....</b>                                 | <b>43</b> |
| <b>1.1.2. Mancipatio'nun Kullanım Alanları.....</b>                              | <b>46</b> |
| <b>1.1.3. Mancipatio'da Teminat (Auctoritas).....</b>                            | <b>46</b> |
| <b>1.1.4. Mancipatio Vasiyetnamesi.....</b>                                      | <b>47</b> |
| <b>1.2. In Iure Cessio (Magistra Önünde Terk).....</b>                           | <b>50</b> |
| <b>1.2.1. In Iure Cessio'nun Yapılış Şekli.....</b>                              | <b>50</b> |
| <b>1.2.2. In Iure Cessio'nun Kullanıldığı Alanlar .....</b>                      | <b>52</b> |
| <b>2. BORÇLAR HUKUKU'NDA.....</b>  | <b>53</b> |
| <b>2.1. Sözlü Akit “Stipulatio” .....</b>  | <b>58</b> |
| <b>2.1.1. Stipulatio'nun Yapılış Şekli.....</b>                                  | <b>59</b> |
| <b>2.1.2. Kölelerin Yaptığı Stipulatio'lar .....</b>                             | <b>63</b> |
| <b>2.1.3. Stipulatio'dan Doğan Borçlar ve Davalar .....</b>                      | <b>64</b> |
| <b>2.1.4. Sebeppli Stipulatio ve Sebepden Yoksun (Mücerret) Stipulatio .....</b> | <b>65</b> |
| <b>2.1.5. Stipulatio'nun Başlıca Kullanım Alanları.....</b>                      | <b>66</b> |
| <b>2.1.6. Stipulatio Dışındaki Diğer Sözlü Akitler .....</b>                     | <b>70</b> |



|   |    |
|---|----|
| 2.1.6.1. <i>Dotis Dictio</i> ve <i>Dotis Promissio</i> .....  | 70 |
| 2.1.6.2. Azadlığın Yeminle Hizmet Vaadi ( <i>Iuramentum Operarum</i> ).70                             |    |
| 2.1.7. <i>Stipulatio</i> ile İlgili Olarak Roma Hukuku'nda Şekilciliğin Önemi.....                    | 71 |
| <br>  |    |
| 3. AİLE HUKUKU'NDA.....   | 72 |
| 3.1. Roma'da Aile ( <i>Familia</i> ) ve Hısımlık Kavramları .....                                     | 72 |
| 3.1.1. Hısımlık Türleri.....  | 74 |
| 3.1.1.1. <i>Agnatio</i> Hısımlığı.....  | 74 |
| 3.1.1.2. <i>Cognatio</i> Hısımlığı.....   | 76 |
| 3.1.2. Roma Ailesinin ( <i>Familia</i> ) Devlet ( <i>Civitas</i> )'in İlk Oluşum Şekline Etkisi ..... | 76 |
| 3.1.3. Roma'da Aile İsimlerinin Şekil İtibarıyla Önemi .....  | 78 |
| 3.2. Geniş Anlamda Aile ( <i>Familia Communi Iure</i> ) .....   | 80 |
| 3.2.1. Geniş Anlamda Aile ( <i>Familia Communi Iure</i> )'nin Kapsamı.....                            | 80 |
| 3.2.2. <i>Patria Potestas</i> (Baba Egemenliği)'in Hükümü .....                                       | 83 |
| 3.2.2.1. Aile Evlatları Üzerinde <i>Patria Potestas</i> 'ın Kuruluşu .....                            | 86 |
| 3.2.2.1.1. Doğumla.....   | 86 |
| 3.2.2.1.2. <i>Adoptio</i> .....   | 87 |
| 3.2.2.1.3. <i>Adrogatio</i> .....   | 89 |
| 3.2.2.1.4. <i>Legitimatıo</i> (Nesebin Düzeltilmesi).....   | 90 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.2.2.2. Kadınlar Üzerinde <i>Manus</i> 'un Kuruluşu ( <i>Conventio in Manum</i> ) ..... | 92  |
| 3.2.3. <i>Patria Potestas</i> 'ın Sona Ermesi.....                                       | 95  |
| 3.2.3.1. <i>Emancipatio</i> .....  | 96  |
| 3.2.3.2. <i>Capitis Deminitio</i> .....  | 100 |
| 3.3. Dar Anlamda Aile ( <i>Familia Proprio Iure</i> ) .....                              | 102 |
| 3.3.1. Nişanlanma ( <i>Sponsalia</i> ).....  | 103 |
| 3.3.2. Evlenme ( <i>Matrimonium</i> ).....   | 106 |
| 3.3.3. Evlenmenin Sona Ermesi .....  | 113 |
| 3.3.4. Boşanma .....   | 115 |
| 3.3.5. <i>Dos</i> Tesisi.....  | 119 |
| 3.3.5.1. <i>Dos</i> 'un Tanımı .....   | 119 |
| 3.3.5.2. <i>Dos</i> 'un Hükümü.....  | 121 |
| 3.3.5.3. <i>Dos</i> Tesisi Şekilleri.....  | 123 |
| 4. KİŞİLER HUKUKU'NDA .....  | 130 |
| 4.1. Azat Etme ( <i>Manumissio</i> ) İşlemleri .....                                     | 131 |
| 4.1.1. <i>Ius Civile</i> 'ye Göre Yapılan Azat Etme İşlemleri .....                      | 135 |
| 4.1.1.1. Değnekle Azat Etme ( <i>Manumissio Vindicta</i> ) .....                         | 135 |
| 4.1.1.2. Sayım Yolu İle Azat Etme ( <i>Manumissio Censu</i> ) .....                      | 135 |

|  |     |
|--|-----|
| 4.1.1.3. Vasiyetname Yolu İle Azat Etme ( <i>Manumissio Testamentu</i> ) ..... | 136 |
| 4.1.1.4. Kilisede Azat Etme ( <i>Manumissio in Ecclesia</i> ).....             | 136 |
| 4.1.2. <i>Praetor</i> Hukukuna Göre Azat Etme İşlemleri.....                   | 137 |
| 4.1.2.1. Dostlar Arasında Azat Etme ( <i>Manumissio Inter Amicos</i> )...137   |     |
| 4.1.2.2. Mektupla Azat Etme ( <i>Manumissio Per Epistulam</i> ).....           | 138 |
| 4.1.2.3. Sofrada Azat Etme ( <i>Manumissio Per Mensam</i> ) .....              | 138 |
| <br>   |     |
| 5. MİRAS HUKUKU'NDA .....  | 138 |
| 5.1. Roma Hukuku'nda Miras ve Halefîyet Kavramları.....                        | 138 |
| 5.2 . Vasiyet ( <i>Testamentum</i> ) Yoluyla Miras.....                        | 141 |
| 5.2.1. Kavram .....  | 141 |
| 5.2.2. Vasiyetname Türleri.....  | 141 |
| 5.2.2.1. <i>Testamentum Calatis Comitii</i> .....                              | 141 |
| 5.2.2.2. <i>Testamentum in Procinctu</i> .....                                 | 142 |
| 5.2.2.3. <i>Testamentum Per Aes et Libram</i> .....                            | 142 |
| 5.2.2.4. <i>Testamentum per Nuncupationem</i> .....                            | 145 |
| 5.2.2.5. <i>Testamentum per Scripturam</i> .....                               | 145 |
| 5.2.2.6. <i>Testamentum Militis</i> .....                                      | 146 |
| 5.2.2.7. Resmi Vasiyetnameler ve Özel Vasiyetnameler.....                      | 147 |
| 5.2.3. Vasiyetnamenin İçeriği.....   | 148 |

|   |     |
|---|-----|
| 5.2.3.1. Mirasçı Atama .....  | 148 |
| 5.2.3.2. Muayyen Mal Vasiyetleri .....                                  | 149 |
| 5.2.3.2.1. <i>Legatum</i> .....   | 150 |
| 5.2.3.2.1.1. <i>Legatum Per Vindicationem</i> .....                     | 150 |
| 5.2.3.2.1.2. <i>Legatum Per Damnationem</i> .....                       | 150 |
| 5.2.3.2.1.3. <i>Legatum Sinendi Modo</i> .....                          | 151 |
| 5.2.3.2.1.4. <i>Legatum Per Praeceptionem</i> .....                     | 151 |
| 5.2.3.2.2. <i>Fideicommissum</i> .....                                  | 152 |
| 5.2.3.2.3. <i>Praelegatum</i> .....                                     | 153 |
| 5.2.3.2.4. Ölüme Bağlı Hibe ( <i>Mortis Causa Capio</i> ).....          | 153 |
| 5.2.4. Vasiyetnamenin Geçerliliği .....                                 | 154 |
| 5.2.5. Vasiyetnamenin Açılması .....                                    | 155 |
| 5.3. <i>Ab Intestato</i> Miras ve Türleri.....                          | 155 |
| 5.3.1. <i>Ius Civile</i> 'ye Göre <i>Ab Intestato</i> Miras .....       | 156 |
| 5.3.2. <i>Praetor</i> Hukukuna Göre <i>Ab Intestato</i> Miras.....      | 157 |
| 5.3.3. <i>Iustinianus</i> Hukukuna Göre <i>Ab Intestato</i> Miras ..... | 158 |
| 5.4. Mirasın İntikali (Geçiş) ve Mirası Kabul Şekilleri .....           | 159 |
| SONUÇ .....   | 162 |
| KAYNAKÇA .....  | 174 |

**KISALTMALAR**

- a.g.e.** : Adı geçen eser
- a.g.m.** : Adı geçen makale
- A.Ü.H.F.D.** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- A.Ü.H.F.Y.** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- BK.** : Borçlar Kanunu
- Bkz./ bkz.** : Bakınız
- C.** : Cilt
- Çev.** : Çeviren
- D.** : Digesta, Iustiniani
- D.E.Ü.H.F.D.** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- e.t.** : Erişim tarihi
- Gai.** : Gaius
- HUMK.** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- Inst.** : Institutiones
- Iust.** : Iustinianus
- İ.Ü.H.F.M.** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- İ.Ü.H.F.D.** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- İ.Ü.Y.** : İstanbul Üniversitesi Yayınları

|              |   |                |
|--------------|---|----------------|
| <b>m.</b>    | : | Madde          |
| <b>M. Ö.</b> | : | Milattan Önce  |
| <b>M. S.</b> | : | Milattan Sonra |
| <b>MK.</b>   | : | Medeni Kanun   |
| <b>pr.</b>   | : | Principium     |
| <b>s.</b>    | : | Sayfa          |
| <b>vb.</b>   | : | ve benzeri     |
| <b>vd.</b>   | : | ve devamı      |
| <b>Vol.</b>  | : | Volume         |
| <b>yy.</b>   | : | Yüzyıl         |

## GİRİŞ

Kişiler iradelerini beyan ederlerken, “şekil” adı verilen, kanun tarafından ya da taraflarca öngörülen söz, yazılı işaret veya senet gibi dış kalıplara başvurlar<sup>1</sup>.

Şekil konusunda, “şekil şartı”, “şekle sıkı sıkıya bağlılık”, “şekil serbestisi” ya da “şekil özgürlüğü” gibi kavramlarla karşılaşırız. “Şekil” kavramı ile bağlantılı olan bu kavramlar, günümüz hukukunun temeli olan Roma Hukuku’ndan bu yana, hukuki işlemlerin uygulandığı süre boyunca hukuk sistemlerinde irade beyanının açığa vurulması ile ilgili birer unsur olmuşlardır. “Roma Hukuku’nda Şekil” konusunu işlediğimiz bu çalışmamızda, günümüz hukukunun temeli olan Roma Hukuku’ndaki şekil açısından önem arz eden kavramlar ve kurumlar incelenecek, farklı dönemlere göre şekil gerek ispat şartı, gerekse geçerlilik şartı olarak ele alınacaktır. Çalışmamızda ayrıca, Roma Hukuku’nda hukuki işlemler bakımından şekle ilişkin olarak farklı dönemlerde gerçekleştirilen değişiklikler ve bunların gerekçeleri anlatılacaktır. Ayrıca, şekle bağlılığın faydalarının ve sakıncalarının neler olduğu konusuna açıklık getirilecektir. Böylelikle, Roma Hukuku’ndaki sıkı şekilci anlayıştan, günümüz hukukunda hakim olan şekil serbestisi anlayışına geçiş sürecindeki aşamalara ışık tutulması hedeflenmiştir.

Roma Hukuku’nun değişik dönemlerinde, hukuki işlemlerde şekil konusunda, giderek hafifleyen, sıkı şekilci anlayış olarak niteleyebileceğimiz bir prensip geçerliydi.<sup>2</sup> Roma vatandaşlarına uygulanan *ius civile*, şekle sıkı sıkıya bağlı kurallar ve hukuki işlemler içermesiyle ünlüydü. Nitekim Roma Hukuku’nda, “*actus legitimi*” deymi ile kastedilen, şekle tâbi olan, şart ya da vadeye tâbi tutulamayan *mancipatio, magistra*

---

<sup>1</sup> Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I (İstanbul :1976), s. 215; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (9. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006), s. 326; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Üçüncü basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), s. 97.

<sup>2</sup> Andreas Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**. Çev.: Bülent Davran, C.I (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948), s. 240-241.

önünde terk (*in iure cessio*), değnekle azat etme (*manumissio vindicta*), sayım yolu ile azat etme (*manumissio censu*), borcun ibrası (*acceptilatio*), evlat edinme (*adoptio* ve *adrogatio*), aile evladının baba hakimiyetinden çıkarılması (*emancipatio*) vb. işlemler, *ius civile* işlemleri idi.<sup>3</sup>

Geçen zaman içinde hukuki işlemler çeşitlenip önem kazandıkça, bu işlemlerin daha kısa sürede sonuçlandırılması arzulandığından, şekilcilik anlayışı esneklik kazandı. Ancak ticari hayatın gelişme hızı ve hukuki işlemlerin kullanılma yaygınlığı ne denli ileri seviyede olursa olsun, şekilsiz bir irade beyanından söz etmek mümkün olmayacağından, hukuki işlemleri şekle tâbi tutmayan bir hukuk düzeninden bahsetmek pek de mümkün değildir.<sup>4</sup> Günümüz hukuk düzenlerinde, hukuki işlemler ile ilgili olarak şekle bağlı olmamaktan söz edildiğinde kastedilen, “şekilsizlik”, yani irade beyanlarının herhangi bir şekilden yoksun olması değildir. Nitekim şekilsiz bir akit (sözleşme) meydana getirilemez. “Şekil serbestisi” ya da “şekil özgürlüğü” olarak ifade edilebilen, sıkı şekilci anlayışın zıddı olarak niteleyebileceğimiz, şekil konusunda esnekliğe yer veren günümüz hukukundaki genel prensip sonucu taraflar, sözlü veya yazılı olarak ya da resmi şekil türlerinden herhangi biri ile, kimi zaman da susmak gibi fiili davranışlarla, kimi zaman da işaretlerle iradelerini açığa vurabilirler. Sonuç olarak “şekil serbestisi” prensibi ile birlikte artık, hukuki işlemlerin geçerliliği belirli bir şekle bağlı olmaktan çıkmıştır.<sup>5</sup> “Şekil şartı” ifadesinden anlaşılan, hukuki işlemlerin ancak, taraflarca kararlaştırılan veya kanunen öngörülen belli şekillerde yapılmakla geçerlilik kazanacağıdır.<sup>6</sup>

Bir hukuk kültürünün şekle karşı tutumu, bu kültürün olgunluğunu yansıtır. Roma Hukuku’nda farklı dönemlerdeki şekil anlayışı, çağın genel ruhunun bir görüntüsüdür. Sıkı şekilcilik, değişmez, sert kuralların ve disiplinli yaşamın hüküm sürdüğü eski tarım toplumlarının karakteristik bir özelliğidir. Diğer uçta yer alan şekil serbestisi ise, mutlak özgürlük, sınırsız bireysellik ve keyfiyet esasına dayanır. Sıkı

<sup>3</sup> Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983), s. 17.

<sup>4</sup> Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 240.

<sup>5</sup> Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (7.Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), s. 99; Ali Naim İnan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), s. 122.

<sup>6</sup> Eren, **Borçlar**, s. 236-237; Tuñçomağ, **a.g.e.**, s. 219.



şekilcilik ve şekil serbestisi, doğası gereği, birbirine karşıttır. Sıkı şekilci anlayış, hukukun kesinliği ilkesine dayanır. Şekil serbestisi anlayışı ise, adaletin sağlanmasını amaçlayan iki temel ilkeye, eşitliğe ve hakkaniyete dayanır. Ancak ideal olan, hukuk sisteminin her ikisini de aynı anda gerçekleştirmeye çalışmasıdır. Birini gerçekleştirirken, diğerini tamamen göz ardı etmek, aşırı adaletsizliğe yol açacaktır. Bu nedenle, hukuk sistemi ulaşılabilecek en yüksek düzeyde dengeyi yani karşıtların birlikteliğini (*coincidentia oppositorum*) sağlamak için çaba sarf etmelidir. Roma Hukuku'nun, Klasik dönemde olabildiğince insani bir şekilde bu tür bir uyumu sağlamaya yaklaştığı ve dolayısıyla “klasik” tanımlamasını gerçek anlamda hak ettiği ifade edilmektedir.<sup>7</sup>

Konusu “Roma Hukuku'nda Şekil” olan bu çalışma, giriş ve sonuç bölümleri dışında, iki ana bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle, şekil kavramının hukuk düzeni içindeki yerine açıklık getirmek amaçlanmıştır. Bu bağlamda şeklin türleri, şeklin faydaları ve sakıncaları, günümüz hukukundaki şekil anlayışı belirtilecektir. Şekil şartına uyulmadan yapılan hukuki işlemlerin, günümüzde hangi durumlarda ayakta tutulup söz konusu hukuki işlemlerin geçerli hale getirilebildiğine değinilirken, hakkaniyet ilkesinin gözetildiği durumların çokluğuna, dolayısıyla şekilci anlayışın neredeyse tamamen terk edildiğine işaret edilecektir. Daha sonra, Roma Hukuku'nda şekil konusu ele alınmaya başlanacak, ilk olarak *ius civile* ve *ius gentium*'un şekilcilik anlayışı üzerindeki etkileri ve Roma Hukuku'nda bu süreçte şekil anlayışında meydana gelen değişim incelenecektir. Roma Hukuku'nda özellikle *ius civile* göz önüne alındığında sıkı şekilci anlayışın hukuk düzeninde etkili olması, *ius gentium* ile birlikte şekil anlayışının esneklik kazanması ele alınacaktır. Birinci bölümünün sonunda, Roma Usul Hukuku'nda şekil incelenecektir. Usul Hukuku'nda şekil genellikle geçerlilik şartı değil, ispat şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Roma Hukuku'nda Eski hukuk döneminde, sıkı şekilci anlayışın ön plana çıktığına dikkat çekilecektir. Özel yargılama sisteminde, *Legis actio*'lar usulünün şekilci yapısının, yapılan en küçük hatanın görülmekte olan davanın kaybedilmesi sonucunu doğurmasının hukukun gelişmesini

---

<sup>7</sup> Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civil Trial** (Capetown:1992), s. 88.

engellediği, bu sebeple zamanla *Formula* usulünün yerleştiği anlatılacaktır. *Formula* usulü ile ilgili olarak, hakimin artık *formula* denen yazılı belge ile bağlı olduğu, ilk zamanlarda hakimin kararının şekle bağlı olmasının gerekmediği, ancak zamanla, kararın taraflara yazılı olarak verilmesi usulünün yerleşmesi konularına değinilecektir. Daha sonra uygulanan Sistem dışı yargılama'da ise, hakimin artık *formula* gibi yazılı bir belge ile bağlı olmadığı, ancak yine de yazılı şekil gelişmiş olduğundan yazılı ispat vasıtalarının önem kazandığı, bununla birlikte artık yargılamada esasın şekle üstün geldiği belirtilecektir. Böylelikle, Roma Usul Hukuku'na hakim olan ilkelerin ve şekil anlayışındaki gelişimin, hukukun gelişimini ne denli etkilediği ve günümüz Medeni Usul Hukuku'na temel oluşturduğu vurgulanacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, özellikle maddi hukuk açısından, günümüz hukukunun temeli olan Roma Hukuku'nda esas olarak şekil şartı gerektiren hukuki işlemler ve kurumlar ele alınacak, şekil şartı gerektirmeyen hukuki işlemler ve kurumlar ise, konu ile ilgili olduğu ölçüde, yeri geldikçe vurgulanacaktır. Böylelikle Roma Hukuku'nda şekil anlayışında meydana gelen değişim, maddi hukuk açısından incelenecektir. Söz konusu hukuki işlemler ve kurumlar, şekle tâbi olmaları sebebiyle incelemeye değer bulunmuştur. İkinci bölümde, sırasıyla önce Roma Eşya Hukuku'nda, sonra Roma Borçlar Hukuku'nda, daha sonra Roma Aile Hukuku'nda ve Roma Kişiler Hukuku'nda ve son olarak da Roma Miras Hukuku'nda şekil konusunu ele almak hedeflenmektedir. Roma Eşya Hukuku'nda, mülkiyeti devir işlemleri olan *mancipatio* ve *in iure cessio* incelenecek, *traditio* ise şekle bağlı bir işlem olmaması sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir. Roma Borçlar Hukuku'nda, önce Roma akitler sistemi ve şekil ele alınacak, bu sistemde şekle bağlı akitlerin yalnızca sözlü akitler ve yazılı akitler olduğu belirtilecek, Roma Hukuku'nda şekilci yapısıyla özel bir önem arz eden sözlü akit *stipulatio* üzerinde etraflıca durulacaktır. Bazı genel eserlerde bile ele alınmamış olan, Roma Hukuku'nda kısa bir süre uygulandığını bildiğimiz, günümüze değin hakkında fazla bilgi ulaşamamış olan yazılı akitler hakkında çalışmamızda bilgi verilecek, ancak bunlar ayrı bir başlık altında ele alınmayacaktır. *Ius civile* tarafından tanınmamış olan, yani borç doğurmayan şekilsiz anlaşmalar olarak nitelenen *pactum*'lara değinilecek, bunlar da ayrı olarak incelenmeyecektir. Roma Aile Hukuku ile ilgili olarak hısımlık, aile isimleri, aile (*familia*), baba hakimiyeti (*patria potestas*), nişanlanma (*sponsalia*), evlenme (*matrimonium*), *dos* gibi kurumlar, ayrı başlıklar

altında Şekil 6zellikleri 6n plana alınarak etraflıca incelenmeye 6alıŐılacaktır. Roma Kişiler Hukuku'nda azat etme işlemleri (*manumissio*) hakkında a6ıklamalar yapılacaktır. Son olarak Roma Miras Hukuku'nda miras ve halefiyet kavramları, vasiyetname t6rleri, vasiyetnamenin i6eriği ve bununla bağlantılı olarak muayyen mal vasiyetleri, mirası kabul Şekilleri gibi konular ele alınarak, Şekil bakımından 6nem arz eden Miras Hukuku kurumları hakkında bilgi verilecektir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE “ŞEKİL” KAVRAMI

#### 1. “ŞEKİL” KAVRAMI

Hukuk sistemlerinde, kişilerin iradelerini açıklamak üzere kullanılan araç, dış kalıp ya da biçim “şekil” olarak adlandırılır. Her irade beyanının, dolayısıyla akitlerin ve diğer hukuki işlemlerin şekli vardır. O halde, şekli olmayan bir irade beyanından söz etmek mümkün değildir. Eğer herhangi bir irade beyanının şekle bağlı olmadığından bahsedilirse, bunun anlamı şekilsizlik değil, “şekil serbestisi”dir. “Şekil serbestisi” deyiminden, bir irade beyanının, akdin ya da hukuki işlemin geçerliliğinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı yani yazılı, sözlü, resmi şekillerden her hangi biriyle yapılabileceği anlaşılır. “Şekil şartı” yani “şekle bağlılık” deyiminden ise, hukuki işlemin geçerli olarak sonuçlarını meydana getirebilmesi için, kanun tarafından ya da taraflarca önceden belirlenmiş belli bir şekil içinde yapılmasının zorunluluğu anlaşılmaktadır. Söz konusu iradeyi açıklama aracı olarak kullanılan şekil, yazılı ya da sözlü kelimelerden oluşabilir. Öte yandan, her hangi bir işaret ya da bazı durumlar da susma dahi şekil olarak karşımıza çıkabilir.<sup>8</sup>

Şekil kurallarının amacı incelendiğinde, doktrinde, şekle bağlılığı esas alan hukuk normunun koruma alanının, “özel koruma” ve “genel koruma” alanı olarak ikiye ayrıldığı görülür. Buna göre, özel koruma alanı içinde, söz konusu hukuki işlemin tarafı ya da tarafları yer alır. Özel koruma amaçlı şekil kuralları, tarafların menfaatlerini korur. Taraflar dışındaki üçüncü kişiler ve kamu menfaati ise, genel koruma amaçlı

---

<sup>8</sup> Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**. Çev.: Cevat Edege, C.1-2 (Ankara: Yargıtay Yayınları, No:15), s. 228-229; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), s. 70; Eren, **a.g.e.**, s. 236.

şekil kurallarıyla gözetilir. Türk Borçlar Hukuku'nda, şekle bağlılığı öngören kurallar genellikle özel koruma amaçlı kurallardır.<sup>9</sup>

### 1.1. Hukuk Düzeni ve Şekil Anlayışında Meydana Gelen Değişim

Hukukun doğuşu ve tarihi gelişimi incelendiğinde, günümüz hukukunun temeli olan Roma Hukuku'nda, hukuki işlemlerde şekle büyük önem verildiği görülmektedir. Roma Hukuku'nda hukuki işlemler, bugün için tuhaf sayılacak bir dizi merasim (ritüel) ve sözlü şekillere uyularak yapıyordu.<sup>10</sup> Tarihteki ilk uygulamalara bakıldığında, şekil kavramının, kendi içinde hayali bir doğaya sahip ilkel bir inanışa dayanmakta olduğu anlaşılır. Roma Hukuku'nda özellikle Eski hukuk döneminde uygulanan merasimler, o dönemde yalnızca dini işlerden değil, aynı zamanda hukukun uygulanmasından ve gelişiminden de sorumlu olan rahipler tarafından yürütülmekteydi. Söz konusu merasimler, rahibin elini veya değneği işleme tâbi olan nesnenin üstüne koyması gibi sembolik bir eylemle birlikte, önceden belirlenmiş kalıp sözlerin söylenmesini gerektiriyordu. O nedenle, en eski devirlerde uygulanmış olan Roma Hukuku, tartışmasız olarak, şekilci ve sembolik bir hukuk olarak nitelenirdi.<sup>11</sup> O dönemdeki şekilci anlayış çerçevesinde, hukuki işlemler sıkı şekillere bağlı olan, bu nedenle, artık hukuki işlem adı ile anılmaktan çok birer şekil olarak anılan *mancipatio*, *in iure cessio* veya *stipulatio* ile yapılmakla geçerlilik kazanıyordu.<sup>12</sup> Klasik döneme kadar devam eden sıkı şekilci anlayış, zamanla değişti. Ticari hayatta ortaya çıkan gereksinimler sonucunda *praetor*'ların çalışmaları ile, özellikle de *ius gentium*'un etkisi ile ticari ilişkilerde, pratik yönü ağır basan, şekilcilikten uzak olan hukuk sistemi önem kazandı. Klasik dönemden başlayarak zaman içinde ve özellikle de Klasik Sonrası dönemde, adı

<sup>9</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 237.

<sup>10</sup> Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 240-241.

<sup>11</sup> Roma'da söz konusu Eski hukuk döneminde, yasal işlemler ancak bu merasimler aracılığıyla gerçekleştirilebilirdi: Merasimli şekillere uygunluk, ilgili taraflar arasındaki ilişkilerde, görünmeyen yani hayali, ancak gerçek olduğu düşünülen bir değişime neden olurdu. En küçük bir hata söz konusu işlemin tamamını sakatlardı. Bu durum, masal okuyan herkesin, sadece formülün tam tamına ifade edilmesiyle sihirli etkilerin ortaya çıkacağını bilmesine benzetilmektedir. Bkz. Zimmermann, **a.g.e.**, s. 82-83; Geoffrey Mac Cormack, "Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law", **Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis**, Vol.37: No 1: 439-468, (1969), s. 439-440.

<sup>12</sup> Alan Watson, "The Evolution of Law: The Roman System of Contracts", **Law & History Review**, Vol.2, No 1:1-20, (Spring 1984), s. 2; Max Kaser, **Roman Private Law**. Çev.: Dannenbring (Durban: 1965), s. 36-37.

geçen *mancipatio*, *in iure cessio* veya *stipulatio* işlemleri önemlerini kaybettiler ve zamanla yok oldular. Pratik yönleri ağır basan yeni akit tipleri (vedia akdi, ödünç akdi, rehin akdi vb.) kullanılır oldu. Günümüzdeki borç ilişkileri ise Roma Hukuku'na dayanmaktadır ancak, hukuki işlemlerin şekli açısından Roma Hukuku'ndan farklı bir anlayış söz konusudur. Roma Hukuku ile karşılaştırıldığında, eskiden hakim olan şekilci anlayışın günümüzde yerini şekil serbestisi anlayışına bıraktığı, ancak günümüzde istisnaen şekle bağlılık prensibinin de uygulandığı görülmektedir. O halde, Roma Hukuku'nda istisnaen şekil serbestisi uygulanabilirken, günümüzde istisnaen uygulanan şekle bağlılıktır. Roma Hukuku'nda genellikle geçerlilik şartı olarak şekil kuralları uygulanmaktaydı ve genellikle hukuki işlemler sözlü şekil ile yapılmaktaydı.<sup>13</sup>

Modern hukuk sistemleri ile Roma Hukuku arasında şekilci anlayış açısından büyük fark vardır. Roma Hukuku, özellikle *ius civile* devrinde tam anlamıyla şekilci bir hukuktu. Ekonomik zorunluluklar nedeniyle yabancılarla ticari ilişkiler artınca, bu değişiklik, iktisadi ve sosyal hayatı ve dolayısıyla hukuk düzenini önemli ölçüde etkilemişti. Değişen koşullar sebebiyle şekilci, katı ve tutucu olan *ius civile* artık gereksinimleri karşılayamaz olmuştu. Romalılarla değişik kökenli yabancılar arasında yapılan hukuki işlemlerden doğan anlaşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla, Roma yurttaşları yanında yabancılara da uygulanabilen birçok yeni hukuk kuralı ortaya çıkmıştı. Bu yeni hukuk kurallarının tümüne *ius gentium* (kavimler hukuku) deniyordu. *Ius gentium* esnek, ilerici ve değişen toplum koşullarına açık hukuk kurallarını barındırıyordu. *Ius gentium*'un etkisiyle, eskiye oranla şekilcilik yumuşamıştı. Ticari hayattaki gereksinme sonucu doğan yeni akit tiplerinde sıkı şekilcilik uygulanmamaya başlamıştı.<sup>14</sup> Roma Hukuku'nun uygulama alanı bakımından *ius civile* ve *ius gentium* olarak ikiye ayrılması, şekil anlayışı bakımından da önem arz eder. Bu sebeple, çalışmamızda yeri geldikçe *ius civile* ve *ius gentium* arasında karşılaştırma yapılacaktır.

Eski hukuk sistemleri ve günümüz hukuk sistemleri karşılaştırıldığında açıkça görülmektedir ki sıkı şekilci anlayış, zirai ekonominin yaygın olduğu eski toplumların yaşadığı hukuksal dönemlere hakimdi. Bu eski dönemde toplumlar sıkı disiplin ile

<sup>13</sup> Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 235-236; Adnan Tuğ, **Türk Özel Hukukunda Şekil** (Konya: Mimoza Yayınları, 1994), s. 38.

<sup>14</sup> Haluk Emiroğlu, **Ius Gentium - Kavimler Hukuku** (İstanbul: Değişim Yayınları, 2007), s. 28 vd.

yönetiliyorlardı ve insanlardan belli davranış kalıpları içerisinde davranmaları bekleniyordu. Sıkı şekilci anlayışın, bugün görüldüğü kadar acımasız olup olmadığı sorusu akla geldiğinde ise, iki olasılık karşımıza çıkar: Tarafların rızalarının uyuşmasına rağmen, gerekli şekil şartına uyulmaması durumunda, tarafların bu koşullar altında gerçekten akde bağlanmak istediğini ve sadece dikkatsizlik sonucunda şekli gözetmeyi ihmal ettiklerini varsayabiliriz. Bununla birlikte, şekle uymamanın tarafların akde bağlanmama niyetini göstermesi de diğer bir olasılıktır. Sözlü akdin karmaşık olmayan ve basit doğası düşünüldüğünde, her Roma vatandaşının aşına olduğu üzere, ikinci olasılıkla karşılaşmak kuvvetle muhtemeldir. Nitekim, büyük ölçüde tarıma dayalı eski toplumlarda hukuki işlemler bugün olduğu kadar sıradan bir süreçte gerçekleştirilmiyorlardı, bunlara daha büyük bir ciddiyet ve dikkatle yaklaşıldı. Dolayısıyla, bugün şekilcilik olarak gördüğümüz durum eski Roma Hukuku'nda öyle algılanmazdı. Öyleyse, Roma Hukuku'nun uygulandığı en eski devirler dikkate alındığında, şeklin en eski norm olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.<sup>15</sup>

Şekil açısından esnek anlayışın hakim olduğu günümüz toplumlarında ise sıkı disiplin yerini özgürlük, bireysellik ve keyfiliğe bırakmıştı. Sıkı şekilci anlayışta “hukukun kesinliği ilkesi” üstün tutularak, bu ilke ile anlaşmalarda hukuken güvenilirlik ve kesinlik sağlamak amaçlanır. Bu anlayışın zıddı olan şekil serbestisi anlayışında ise “hakkaniyet ilkesi” üstün tutulmuştur. Birbirine tamamen zıt olan bu iki anlayışta ortak amaç, adaleti sağlamaktır. Kişilerin iradelerine verilen önemin artması, hukuk düzenindeki şekil anlayışında değişikliklere sebep olmuştur denebilir. Bunun sonucu olarak da, günümüz hukukunda, kişilerin iradelerini ancak belli kalıplar dahilinde dışa vurabildikleri şekilci anlayışın önünde geçilmiş, kalıpların yıkılması ile şekil konusunda esneklik hakim olmaya başlamıştır.<sup>16</sup>

Esasen ideal olanı, hukuki işlem yapılırken bu iki anlayış arasında denge sağlanmasıdır, çünkü her iki anlayışın aşırı derecede hakim olmasının faydaları yanında sakıncaları da vardır. Günümüzde şekilci anlayış tartışıldığında, genellikle bireysel davalar üzerinde odaklanılmakta ve şeklin sakıncalarını çok fazla vurgulama eğilimi

---

<sup>15</sup> Zimmermann, **a.g.e.**, s. 84.

<sup>16</sup> Zimmermann, **a.g.e.**, s. 88; İrfan Baştuğ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1984), s. 80.

gösterilmektedir. Çağımız şekilsizlik çağıdır, şeklin yalnızca belli bir ölçüde güçlük yaratmakla kalmayıp küçük bir hata durumunda bile ciddi, acımasız ve beklenmeyen sonuçlara yol açarak aynı zamanda tehlikeli olduğu düşüncesi günümüzde yaygındır. Şeklin faydalarının adeta olumsuz bir nitelik taşıdığı düşüncesi yaygın olduğu için, söz konusu faydalar, şeklin sakıncalarıyla karşılaştırıldığında, daha az görünürlik arz ederler. Ne zaman şekilsel bir hata nedeniyle bir işlem geçersiz kılınsa adalet duygusu alevlenir, ancak, yasal şekle uygunluk sayesinde ne kadar tedbirsiz, eksik planlanmış ve adaletsiz işlemin *önüne geçildiği* çoğu zaman dikkate alınmaz.<sup>17</sup>

Aşağıda, önce günümüz hukukunda şeklin türleri ve şeklin faydaları, sakıncaları üzerinde durulacaktır. Daha sonra, Roma Hukuku'nda hakim olan şekilci anlayış önce Roma Usul Hukuku açısından, daha sonra da maddi hukuk açısından, konu itibarıyla incelemeye değer görülen bazı Roma Hukuku işlemleri ve Roma Hukuku kurumlarına yönelik olarak ele alınacaktır.

## 1.2. Şeklin Türleri, Faydaları ve Sakıncaları

### 1.2.1. Şeklin Türleri

Doktrinde şekil, farklı yazarlar tarafından farklı ayrımlara tâbi tutulmuştur. Bizim incelememizde şekil, öncelikle, “amaçlarına” ve “yapılış tarzına” göre ayrıma tâbi tutulmuştur. Aşağıda değinileceği üzere şekil, amaçları bakımından ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, “geçerlilik şartı olarak şekil” ve “ispat şartı olarak şekil”dir. Geçerlilik şartı olarak şekil ise, “kanuni şekil” ve “iradi şekil” olarak ikiye ayrılır. Yapılış tarzına göre şekil de kendi içinde ayrılır. Bunlar: “Adi yazılı şekil”, “nitelikli (mevsuf) yazılı şekil”, “resmi şekil”, “tescil”, “ilan” ve “sözlü şekil”dir.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Zimmermann, **a.g.e.**, s. 87.

<sup>18</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 240-241.



### 1.2.1.1. Amaçlarına Göre Şeklin Türleri

Amaçları bakımından şekil ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, “geçerlilik şartı olarak şekil” ve “ispat şartı olarak şekil”dir. Geçerlilik şartı olarak şekil ise, “kanuni şekil” ve “iradi şekil” olarak ikiye ayrılır.

Kanun, akitlerin geçerli olabilmesi için herhangi bir şekle uyulmasını zorunlu gördüğü hallerde, artık bu şekil “geçerlilik şartı (*forme solonelle*)”dır. Geçerlilik şartı olarak şekil, Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>19</sup> Kanun, hangi hukuk işlemlerinin nasıl bir şekle bağlandığını açıkça belirtir.<sup>20</sup> Bazı yazarlara göre geçerlilik şekli, şekil serbestisinin istisnası olarak karşımıza çıkar<sup>21</sup>.

Tarafların iradelerince ya da kanunen öngörülen şekil, hukuki işlemlerin ispatını kolaylaştırmak için konmuş ise, buna “ispat şartı (*forme probente*)” denir.<sup>22</sup> İspat şartı taraflarca kararlaştırılmışsa, uyuşmazlık halinde ihtilafın mahkemede belirli bir şekil şartı, mesela yazılı veya resmi bir belge ile ispat edilmesi kararlaştırılır. İspat şartı, geçerlilik şartı değildir.<sup>23</sup> Geçerlilik şartına ilişkin kurallar emredici hukuk kurallarıdır yani taraflar aksini iradeleriyle kararlaştıramazlar. Oysa taraflar, hukuki işlemlerde ispat şartına bağlı kalınacağını aralarında serbest iradeleriyle kararlaştırabilirler, dolayısıyla ispat şartı yeniden başka bir akit ile bertaraf edilebilir.<sup>24</sup> İspat şartı olarak şekil, maddi hukuka ait bir kural olmaktan çok, bir Usul Hukuku kuralıdır. HUMK. m. 288’e göre, bazı hukuki işlemlerde yazılı şekil bir ispat şartı olarak öngörülmüştür. HUMK. m. 288, şekil serbestisi prensibinin uygulama alanını önemli ölçüde daraltmıştır.<sup>25</sup> Ancak HUMK.’nun, özellikle bazı Usul Hukuku sözleşmelerinde, geçerlilik şartı olarak şekli

<sup>19</sup> Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (Yirminci Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008), s. 66-67; Eren, **a.g.e.**, s. 240.

<sup>20</sup> Baştuğ, **a.g.e.**, s. 89.

<sup>21</sup> Kılıçoğlu, şekil konusunda şöyle ayırım yapmıştır: Şekil, esas olarak “geçerlilik şekli” ve “ispat şekli” olarak ikiye ayrılmaktadır. Geçerlilik şekli kendi içinde “yazılı şekil” ve “sözlü şekil” olarak ikiye ayrılır. Yazılı şekil de, kendi içinde “adi yazılı şekil”, “nitelikli yazılı şekil” ve “resmi yazılı şekil” olarak üçe ayrılır. Yazar, yukarıdaki ayırmadan farklı olarak şekil konusunda farklı bir sınıflandırma yapmış, şekli, “amaçlarına göre” ve “yapılış tarzına göre” bir ayırma tâbi tutma yoluna gitmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 70-71.

<sup>22</sup> Turgut Önen, **Borçlar Hukuku** (Ankara: 1990), s. 38.

<sup>23</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 243; Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 231.

<sup>24</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, **a.g.e.**, s. 102.

<sup>25</sup> İnan, **a.g.e.**, s. 132.

öngördüğü durumlar da vardır. Örneğin, HUMK. m.287/II'deki düzenlemeye göre, delil sözleşmesi ile, geçerlilik şartı olan yazılı şekil yerine başka bir delil ya da şekil kararlaştırılmaz. HUMK. m.287/II'ye göre delil sözleşmesiyle ilgili şekil şartının geçerlilik şartı olduğu, doktrinde de genel kabul gören görüştür.<sup>26</sup>

Geçerlilik şartı olan şekil iki türdür. Birincisi kanunun öngördüğü şekil olan “kanuni şekil” diğeri de, kanunen şekle bağlanmamış bir hukuki işlemin taraflarca öngördükleri şekilde yapılmasına olanak veren “iradi şekil”dir.<sup>27</sup> Bazı yazarlar, kanuni şekli ve iradi şekli “kaynakları bakımından şekil” başlığı altında incelemiştir.<sup>28</sup> Çalışmamızda, iradi şekil ve kanuni şekil, “geçerlilik şartı olarak şekil” konusu kapsamında ele alınacaktır. Geçerlilik şartı olarak kanunda öngörülen şekle “kanuni şekil” denir. Kanuni şekle, yani, kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan bir hukuki işlem geçersiz olur. Kanun tarafından, hukuki işlemlerin bir bölümü ya da tamamı için geçerlilik şartı olarak şekil öngörülebilir.<sup>29</sup> Şekil, geçerlilik şartı olarak kanun tarafından öngörülebileceği gibi, yine geçerlilik şartı olarak taraflarca da kararlaştırılabilir. Geçerlilik şartı olarak tarafların iradesi doğrultusunda belirlenen şekle, “iradi şekil” denir. Borçlar Kanunu'nun 16. maddesine göre, kanuni şekle tâbi tutulmamış bir akit, tarafların iradesi doğrultusunda özel bir şekilde (genellikle yazılı şekilde) yapılması kararlaştırılmışsa, taraflarca kararlaştırılan bu özel şekle uyulmadan ifa edilirse geçerli olmaz ve tarafları bağlamaz. Burada iradi şekil söz konusudur. İradi şekil, taraflarca, en geç, akit kurulurken belirlenebilir. O halde taraflar, akdin ancak bu

<sup>26</sup> HUMK. m. 287/II'e göre; “İki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahiren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar (m.236) olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz.” O halde, kanun delil sözleşmesinin yazılı olması şartını aramaktadır. Bu konu ile ilgili olarak şu noktayı da belirtmek gerekir; delil sözleşmesinin yazılı olmasının bir ispat şartı mı, yoksa geçerlilik şartı mı olduğu sorusunun cevabı, esasen doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sema Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), s. 193-194. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında yer alan, “delil sözleşmesi” başlığı altındaki m. 197/I ise, “Taraflar yazılı olarak, veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler.” demektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ali Cem Budak, **Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı** (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009), s. 183.

<sup>27</sup> Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**, s. 243; Eren, **a.g.e.**, s. 241-242.

<sup>28</sup> Şekli, kaynakları bakımından ayırma tâbi tutan yazarlara göre, kanun, bazı akitleri şekle tâbi tutmuş, bazı akitlerin şeklinin ise taraflarca kararlaştırılmasına izin vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: İnan, **a.g.e.**, s. 133.

<sup>29</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 241; Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 232.

kararlaştırılan Şekle uyulması dahilinde geçerli olabileceğin kararlaştırmışlarsa artık iradi Şekil söz konusu olur. Taraflarca, iradi Şeklin sözlü, yazılı ya da resmi Şekilde olabileceği kararlaştırılabilir. Taraflarca akdin görüşülmesi ya da kurulması sırasında kararlaştırılabilen iradi Şekil, ispat Şartı ya da geçerlilik Şartı olarak belirlenebilir. İradi Şekil, ancak kanunda söz konusu akit için özel bir Şekil Şartı öngörülmemişse kararlaştırılabilir yani kanunen öngörülen Şeklin etkisinin taraflarca, kendi iradeleri doğrultusunda hafifletilmesi mümkün değildir.<sup>30</sup>

### 1.2.1.2. Yapılış Tarzına Göre Şeklin Türleri

Borçlar Kanunu'na göre, yapılış tarzına göre Şeklin türleri Őunlardır: “Adi yazılı Şekil”, “nitelikli (mevsuf) yazılı Şekil” ve “resmi Şekil”. Medeni Kanunda ise Şeklin türleri ile ilgili olarak, “tescil”, “ilân” ve “sözlü Şekil” karşımıza çıkar.<sup>31</sup>

#### 1.2.1.2.1. Adi Yazılı Şekil

Bir hukuki işlemin, el yazısı, teksir makinesi, daktilo, bilgisayar vb. araçlarla yazılıp, borçlanan tarafından imza edilmiş bir senede ya da belgeye bağlanmasına “adi yazılı Şekil” denir. Adi yazılı Şekilde, akdin geğerliliği için yazılı belgeye resmiyet verecek bir kimseye ya da makama gerek duyulmaz. Akitlerde, Şekil söz konusu olduğunda, adi yazılı Şekil kuraldır. Adi yazılı Şekli “metin” ve “imza” unsurları meydana getirir. Metin, hukuki işleminde taraf ya da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını iğereren yazılı belgedir. Adi yazılı Şekilde imzanın el yazısı ile olması zorunludur. İmza<sup>32</sup>, bir kimsenin kimliğini tespiti yarayan ve

<sup>30</sup> Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 239-240; Eren, **a.g.e.**, s. 242.

<sup>31</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 244.

<sup>32</sup> “İmza ile ilgili olarak, günümüzde iletişim teknolojisinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan yeni bir gelişmeye yeri gelmişken değinmekte fayda vardır. Bu gelişme, el yazısı ile imzanın yanında, elektronik imzanın da kullanıma girmesidir. Uluslararası ticaretin artması, zaman kaybını önlemek için, uygulamada, internet üzerinden yapılan sözleşmelerin, bu sözleşmeleri oluşturan irade beyanlarının elektronik bir yöntemle imzalanmasını gerektirmiştir. Elektronik imza, bir belgenin Őifreleme yöntemiyle, elektronik olarak imzalanması, böylece belgenin yani irade beyanının, bunu gönderen kişiye ait olduğunun kesinlikle belirlenmesi ve bu yolla el yazısıyla imzaya bağlanan hukuki sonuçları doğurmasıdır. Ancak bununla ilgili kanuni düzenlemeye göre, kanunların resmi Şekle ve özel merasime tâbi tuttuğu hukuki işlemler ve teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekeştirilememektedir. BK. m. 14/I'e

çoğunlukla o kimsenin adını, soyadını içeren bir işarettir.<sup>33</sup> Borçlar Hukuku'na göre, kefalet akdi, patent üzerindeki haklarla ilgili akitler, tüketici kredisi akdi, adi yazılı şekil ile yapılabilen akitlerdendir.<sup>34</sup>

#### 1.2.1.2.2. Nitelikli Yazılı Şekil

Nitelikli yazılı şekil, adından da anlaşıldığı üzere yazılı bir şekildir. Ancak kanun, bu şekil türü ile yapılması gereken akitlerin yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmekle yetinmemiş, yazılı akdin kapsamına ilişkin şartlar da getirmiştir. Örneğin, Borçlar Kanunu'nun 484. maddesine göre, kefalet akdi yazılı geçerlilik şartına tâbidir. Ancak kefalet akdinin geçerliliği için yazılı şekil yeterli olmayıp, kefalet senedinde kefilin imzasından başka, kefalet miktarının da yazıyla belirtilmiş olması gerekir. O halde kefalet akdinin nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.<sup>35</sup>

#### 1.2.1.2.3. Resmi Şekil

Bazı hukuki işlemlerin geçerli olması için bunların resmi şekilde yapılmış olmaları gerekir. Yetkili resmi makamın (noter, tapu memuru) önünde, kanunların şart koştuğu usule ve şartlara uyularak yapılması gereken hukuki işlemlere uygulanan şekil, resmi şekildir. Örneğin, gayrimenkullerin alım satımına ilişkin akitler, ancak tapu sicil memuru tarafından düzenlenirse geçerli olurlar yani bunların resmi şekilde yapılmaları gerekir. Resmi şekle tâbi olan akitlerde yapılacak olan değişikliklerin de resmi şekilde yapılması gereklidir.<sup>36</sup>

---

göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahiptir. HUMK. m. 295/A ise, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğunu, bu verilerin aksi ispat edilene dek kesin sayıldığını düzenlemiştir.” Ayrıntılı bilgi için bkz.: Reisoğlu, **a.g.e.**, s.76-77.

<sup>33</sup> İnan, **a.g.e.**, s. 137-138.

<sup>34</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>35</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 253; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>36</sup> Oğuzman - Öz, **a.g.e.**, s. 117; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 78.

#### 1.2.1.2.4. Tescil

“Tescil” de bir şekil olarak nitelendirilebilir. Bazı hukuki işlemlerin belirli bir şekilde ve usulde yapılmış olması hukuk düzenince yeterli bulunmamıştır. Bunların, resmi şekilde tutulan bir sicile (tapu sicili, gemi sicili, ticaret sicili vb.) işlenmesi gerekmektedir. Örneğin, mülkiyeti muhafaza akdinin, taşınır malı satın alan kimsenin ikametgâhındaki noter tarafından tutulacak olan özel sicile tescil edilmesi şart koşulmuştur. Tescil işleminin asıl işlevi, belgelendirme, alenileştirme ve güven yaratmadır.<sup>37</sup>

#### 1.2.1.2.5. Sözlü Şekil

Sözlü şekil de, bazı hukuki işlemlerin sonuç doğurması için geçerlilik şartı oluşturabilir. Türk Borçlar Kanunu’nda, sözlü şeklin geçerlilik şartı oluşturduğu bir akit yoktur ancak Türk Medeni Kanunu’na göre, evlenme akdi ve ancak istisnai durumlarda yapılabileceği kabul edilen sözlü vasiyet, geçerli olarak sonuç doğurabilmeleri için sözlü şekilde yapılması gereken akitlerdendir.<sup>38</sup>

#### 1.2.1.2.6. İlân

Kanun bazı hukuki işlemlerin ilân edilmesini uygun görmüştür. İlân, belli bir durumun ya da işlemin, herkesin duyabileceği bir şekilde açıklanması anlamına gelir. Örneğin Medeni Kanuna göre, kazai erginlik kararının, vasi tayininin ilânı gerekir. BK. m. 179 ise, “bir mameleki veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilân ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur” hükmünü içerir. Kanun ilânı, üçüncü kişileri bilgilendirmek ve onların iyiniyetini korumak amacıyla öngörmüş ve ilâna belli hukuki sonuçlar bağlamıştır.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm** (Onbirinci Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), s. 35; Eren, **a.g.e.**, s. 256.

<sup>38</sup> Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 74; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, **a.g.e.**, s. 113.

<sup>39</sup> Eren, **a.g.e.**, s.256-257; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.79.

### 1.2.2. Şeklin Faydaları

Şekil, tarafların iradelerinin ciddiyetini gösterir yani akde kesinlik sağlar, akde ve dolayısıyla tarafların irade beyanlarına açıklık getirir. Böylelikle, tartışmalı noktalara çözüm getirilmiş olur. Hukuki işlemlerin gerçekten yapılıp yapılmadığı ve neleri kapsadığı konusunda ispat kolaylığı ve güvenliği sağlar. Taraflar dikkatle düşünmeye sevk edildiğinden, acele ve dikkatsizce karar vermeyi engeller.<sup>40</sup> Ayrıca şekil, iş hayatında aleniyet sağlar, üçüncü kişilerin yapılan hukuki işlemde haberdar olmalarını sağlar. Şekil, akitlerin yorumunu da kolaylaştırır, böylelikle mahkemelerde usul ekonomisi sağlar.<sup>41</sup>

### 1.2.3. Şeklin Sakıncaları

Şekil, akitlerin yükümlülüklerinin yerine getirilmesini güçleştirir, zaman kaybettirir, taraflara ekonomik külfet yükler. Bunların sebebi, resmi makamların devreye girmesidir. Şekil, bazı hususların ispatını zorlaştırır, bu da adaletsizlik yaratır. Şekil şartı, tarafların esas iradelerini, birtakım formalitelere feda etmelerine yol açabilir, çünkü bir akdi gerçekten yapmak isteyenler, sırf formaliteden kaçındıkları için akit yapmayı geciktirebilirler ya da akdi hiç yapmayabilirler.<sup>42</sup>

Şeklin söz konusu sakıncalarından dolayı kanun, şekle bağlılığı istisna, şekil serbestisini ise esas saymaktadır.<sup>43</sup>

## 1.3. Günümüz Hukukunun Kabul Ettiği Sistem

1926 yılında, İsviçre Medeni Kanunu'ndan çevrilmiş olan Türk Medeni Kanunu kabul edilmeden önce, 1868-1876 tarihleri arasında hazırlanmış olan Mecelle, Medeni Kanun olarak kullanılıyordu. Mecelle, bilindiği üzere İslam Hukuku'nu temel almıştı. İslam Hukuku'nda hukuki işlemler belli şekil şartlarına bağlı olarak yapılmamaktaydı.

<sup>40</sup> Lon L. Fuller, "Consideration and Form", *Colombia Law Review*, Vol.41, No 2:799-824, (1941), s. 801.

<sup>41</sup> Tunçomağ, *a.g.e.*, s. 216; Von Tuhr, *a.g.e.*, s. 230; Erhan Türker, "Akitlerde Şekil", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1: 243-259, (1972), s. 244-245; İnan, *a.g.e.*, s. 124.

<sup>42</sup> Eren, *a.g.e.*, s. 239; İnan, *a.g.e.*, s. 125; Türker, *a.g.m.*, s. 245; Von Thur, *a.g.e.*, s. 229-230.

<sup>43</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *a.g.e.*, s. 100.

Örneğin İslam Hukuku'nda, gerek iki taraflı hukuki işlem olan akitlerin, gerekse tek taraflı hukuki işlem olan vasiyetnamelerin geçerli olabilmesi için, bunların belli şekil kurallarına bağlı olarak yapılmış olması gerekmemekteydi. Modern hukuklarda bir hakkın doğumu, bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi, bir hakkın var olduğunun ispat edilebilmesi için aranan yazılı, bazen de resmi şekil şartı, Mecelle'de aranmamaktaydı. Örneğin, Mecelle'nin 1609. vd. maddelerinde yer alan düzenlemeye göre, senette imza yerine mühür kullanılması serbesttir. Ayrıca, Mecelle'deki "irade ya da rıza beyanının yazı ile de olabileceği" düzenlemesinden çıkan sonuç, yazılı beyanın şekil şartı olarak aranmadığıdır. Mecelle'nin 1607. maddesindeki düzenlemeye göre ise, başkasına yazdırıp da imza edilen senet, yazdırandan çıkmış gibidir.<sup>44</sup>

Günümüzde ise durum şöyledir: Borçlar Hukuku'nda "şekil serbestisi" prensip olarak benimsenmiştir. "Şekil şartı" ise örneğin; resmi vasiyetname, taşınmaz satışı, alacağın temliki, bağışlama vaadi gibi kanunda açıkça belirtilen istisnai hallerde görülür. Tarafların iradeleriyle öngörülen hallerde de şekil şartı söz konusu olabilir. Taraflar, kararlaştırılan şekil gerçekleşmedikçe akde bağlı olmazlar.<sup>45</sup> Taraflar iradeleriyle, kanunen geçerlilik şartına tâbi tutulmuş şekli, ancak daha ağır bir şekil şartı getirerek bertaraf edebilirler.<sup>46</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinin ilk fıkrası: "Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça, hiçbir şekle tâbi değildir" demektedir. O halde Borçlar Kanunu, iradenin açıklanmasını yeterli bulmayan, bunun yanında iradelerin özel bir şekle tâbi tutulmasını öngören şekilci sisteme nazaran, belirli bir şekli öngörmemekte, şekil serbestisini kabul etmektedir. Çağımızın gerektirdiği üzere, akitlerin mümkün olduğu kadar çabuk yapılması esastır. O halde, pratiklik sağlamak amacıyla, Borçlar Kanunu'nun 11. maddesi şekil serbestisini öngörmüştür denebilir.<sup>47</sup>

Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: "Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu

---

<sup>44</sup> Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku** (4. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s. 52-53; Osman Kaşıkçı, **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle** (No:16, İstanbul: Osmanlı Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul: 1997), s. 1; Ali Himmet Berki, **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)** (İstanbul: Hikmet Yayınları 1997), s. 346-347.

<sup>45</sup> Tarafların şekil anlaşması ise herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu anlaşma, sonradan yapılacak yeni bir anlaşma ile bertaraf edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman-Öz, **a.g.e.**, s. 106.

<sup>46</sup> Eren, **a.g.e.**, s. 241-242.

<sup>47</sup> Tuğ, **a.g.e.**, s. 128.

şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz." Buradan anlaşıldığı üzere, kanunun herhangi bir şekli öngördüğü hallerde, bu şeklin kapsamı ve sonuçlarıyla ilgili olarak kanunen başka bir düzenleme yapılmamışsa, artık bu şekle uymak şarttır, uyulmazsa akit geçersiz olacaktır.<sup>48</sup> Demek ki, kanunun öngördüğü şekil geçerlilik şartıdır, bu şart yerine getirmediği takdirde, butlan sebebiyle akit sonuçlarını doğurmayacaktır.<sup>49</sup> Bununla ilgili belirtmemiz gereken önemli bir nokta da, günümüz hukukunda şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının giderilmesinin mümkün olduğudur<sup>50</sup>. Şöyle ki, modern görüşler uyarınca şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin olumsuz sonuçları, şeklin koruma

---

<sup>48</sup> Bir akit, kanunun emrettiği şekilde yapılmamışsa, kesin olarak geçersizdir (batıldır). Kesinlikten kasıt, şekil şartı söz konusu olan akitlerde şekil şartına uyulmamışsa akdin geçersizliğini hakimin resen dikkate alabilmesi, geçersizliğin zamanın geçmesi ile ya da icazetle ortadan kalkmaması ve herkes tarafından bu geçersizliğin ileri sürülebilmesidir. Bazı hallerde, akdin bir tarafı, akdin geçersiz olduğunu ileri sürebilme hakkını kötüye kullanabilir. Hakkın kötüye kullanabilmesi iki halde söz konusu olabilir. Birincisi, tarafların geçersizliğini bildikleri bir akdi geçerli farz ederek borçlarını ifa etmeleri hali, diğeri ise, akdin geçersizliğini iddia eden tarafın bu geçersizliğe kasden sebep olması halidir. Kanuni şekle uyulmamasının başka bir sonucu da, geçersiz bir akdi geçerli zannederek borcunu ödeyen iyi niyetli kişinin, ödediği semeni geri isteyebilmesidir. Ancak, akdin geçersiz olduğu bilindiği halde borç ödenmişse, artık ödenen semeni geri istenemez, bağışlamada bulunulmuş sayılır. Akdin yalnızca bir bölümünde şekil şartına uyulmamışsa, BK. m. 20 gereği, eğer şekil şartına uyulmayan bölüm akdin olmazsa olmaz bir parçası değilse, akit geçerli olur, şekil şartına uyulmayan bölüm ise geçersiz olur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman - Öz, **a.g.e.**, s. 123-124; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 66 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 237; İnan, **a.g.e.**, s. 137.

<sup>49</sup> Tuğ, **a.g.e.**, s. 10 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 259-260.

<sup>50</sup> Bu anlayış doğrultusunda, ülkemizdeki uygulamaya Yargıtay'ın 15. Hukuk Dairesinin, 1.4.1987 tarihli, 1986/4022-1987/1399 sayılı kararı örnek verilebilir: Taşınmaz mülkiyetini nakleden sözleşmelerin, Medeni Kanunu'nun 706., Borçlar Kanunu'nun 213., Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddelerine göre resmi şekilde yapılmaları geçerlilik şartıdır. Bu maddelere göre, içinde taşınmaz mülkiyetini nakledici hükümler taşıyan sözleşmeler ya tapu memuru ya da özel memur önünde resmi şekilde yapılmaz, tarafların kendi aralarında yapmış oldukları (elden diye tâbir edilen), içinde mülkiyeti nakledici hükümler taşıyan sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nun 11. maddesine göre geçersizdir. Ancak, kişi hak ve iradesine daha fazla saygı ve önem tanıma yönünde gelişim gösteren hakkaniyet ilkesi çerçevesinde, Yargıtay, istikrarlı biçimde verdiği kararlarla, yasalara göre içinde taşınmaz mülkiyetini nakledici hükümler taşıdığı için geçersiz olan, tarafların kendi aralarında yaptıkları "kat karşılığı inşaat sözleşmeleri"ne ve "taşınmaz vaadi sözleşmeleri"ne bazı şartlarda geçerlilik tanımıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri** (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006), s. 119-120. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; bu konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın eski uygulamaları şekle sıkı sıkıya bağlı olma anlayışı doğrultusunda iken, günümüzdeki uygulamalarda Yargıtay'ın neredeyse tamamen bu anlayışı terk ettiği, hakkaniyet ilkesinin gözetilmesi doğrultusunda kararlar verdiği gözlemlenmektedir. Şöyle ki, şekil şartına uygun olarak düzenlenmemiş olan bir sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasının hakkaniyet ilkesi ile uyuşmadığı durumlarda, söz konusu sözleşmenin taraflar için bağlayıcı olacağı ve bu tür sözleşmelerden doğan uyumalıklarda şekle aykırılık savunmasının dinlenmeyeceği anlayışı artık genel kabul görmektedir. Yargıtay'ın 15. Hukuk Dairesi'nin 3.6.1981 tarihli, 942-1313 sayılı kararı, Yargıtay'ın hakkaniyet ilkesinin gözetilmesi doğrultusunda verdiği kararlar arasında iyi bir örnektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kostakoğlu, **a.g.e.**, s.67-68.



amacıyla ve hakkın kötüye kullanılması yasağıyla düzeltilir ve böylelikle, şekle aykırı akitler ayakta tutulur.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> “Şekle aykırı sözleşmeler, BK. m. 11 'e göre batıldır ancak adalet anlayışı, hayat şartları ve hukukun himaye amacı birlikte değerlendirilerek, şekle aykırı sözleşmelere geçersizlik müeyyidesini katı biçimde uygulamak, hakkaniyet ilkesince doğru olmaz. Bu sebeple, butlan görüşünü savunan yazarlar ve özellikle Federal Mahkeme, zamanla yumuşayarak ancak iki halde, şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz olma müeyyidesi ile karşı karşıya olan akde geçerlilik kazandırabileceğini savunurlar: Birinci halde, taraflar ‘bilerek ve isteyerek tüm borçlarını ifa etmişlerse’, artık şekil şartı ile varılmak istenen amaca varıldığından, sözleşmenin butlanını talep etmek, MK. m. 2 uyarınca, hakkın kötüye kullanılması olacaktır (Ancak, ‘borçların önemli bir kısmını ifa edilmişse’, artık şekil noksanlığı ileri sürerek akdin geçersiz olmasını talep etmek, MK. m. 2 uyarınca, hakkın kötüye kullanılması olmaz). Öyle ise ifa kavramı, şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının giderilmesi konusunda önemlidir. İfa olgusunun gerçekleşmesinin çokluğu oranında, şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarını gidermek yaygınlaşır. Diğer halde, şekil noksanlığına hileli davranışı ile sebep olan tarafın daha sonra şekil noksanlığını ileri sürerek sözleşmenin butlanını talep etmişse, MK. m. 2 uyarınca hakkaniyet ilkesine karşı geldiğinden, böyle bir talep reddedilir. Aldatılan taraf, BK. m. 41'e göre, haksız fiil sorumluluğuna veya akidden doğan sorumluluğa dayanarak, şekil noksanlığı sebebiyle kendisinin uğradığı zararın tazminini ya da geçersiz bir hukuki işlemin geçerli sayılarak zararının tazminini ya da geçersiz işlemin geçerli sayılarak zararının aynen tazminini de talep edebilir. Butlan görüşüne karşı bir görüş olan kendine özgü geçersizlik görüşüne göre, söz konusu geçersizlik, mutlak geçersizlik değil, kendine özgü bir geçersizliktir. Bu geçersizliğin olumsuz sonuçları, kendine özgü geçersizlik görüşü çerçevesinde bazen, şekil kurallarının amacına ulaşmış olması ve hakkın kötüye kullanılması yasağı nedeniyle bertaraf edilebilir.

Öncelikle, şekle aykırılığın şekil kuralının koruma amacının gerçekleşmiş olması ilkesince düzeltilebilmesi incelenebilir: Şekil kuralları öncelikle ve özellikle sözleşmenin taraflarını korumayı amaçlar. Eğer şekil kuralları yalnızca bu amacı taşıyorsa, geçersizlik taraflar arasında bir olacağı için, hâkim ve üçüncü şahıslarca bu geçersizlik ileri sürülemez. Tarafların iradeleri ve şekil kurallarının tarafları koruma amacı dikkate alındığında, asıl olanın bu olduğu görülür. Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeyi bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse, artık tarafların şekil kurallarını gözetmeden bu tür bir sözleşmeye girişmeleri, şekil kurallarının sağladığı korumadan vazgeçmeleri anlamını taşır. Nitekim kanunun kişileri koruma olanağından yararlanmak istemeyen kişileri korumaya çalışmak, irade özerkliği ilkesi ile bağdaşmaz. Ancak, şekil kuralları, istisnaen kamu düzeni dolayısıyla üçüncü şahısları korumayı amaçlayabilir. Bu durumda, sözleşmenin tarafları sözleşmeyi geçerli hale getiremezler, çünkü artık, şeklin amacı tarafların iradelerini aşar. Örneğin taşınmazlar, kamu düzenini sağlamak amacıyla ancak şekil kurallarına uyularak devredilebilirler, çünkü üçüncü şahısların zarar görmeleri engellenmelidir.

Şekil ile görülen koruma amacı, şekil kurallarının amacına ulaşmış olmasıyla yeterli derecede sağlanamadıysa, dürüstlük kuralından da yararlanılabiliyordu. Başka bir ifadeyle, şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının hakkın kötüye kullanılması yasağı ile giderilmesi hususunda, karşımıza hakkaniyet ilkesi yani MK. m. 2 çıkar. Medeni Kanun'un söz konusu 2. maddesinin ilk fıkrasına göre; ‘Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır’. MK m. 2/II ise; ‘Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz’ der. Medeni Kanun'un bu ikinci maddesini açıkça ifade etmek gerekirse; bununla, herkesin haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken dürüstlük kuralına uyması gerektiği, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukukun korumadığı düzenlenmiştir.

O halde, hakkın kötüye kullanılmasının müeyyidesi MK. m. 2/II ile düzenlenmiştir. Bu müeyyidenin temelinde, şekli adaletten daha önemli olarak, hakkın yerine getirilmesi, hukuka olan güvenin sağlanması amacı yer alır. Ancak bu kural, keyfi olarak değil, BK. m. 11 gibi zorunlu ve istisnai hallerde uygulanır. Demek ki, somut olaya uygun olarak hukuk düzeninde yer alan çözüm, adalet ve menfaat dengesini sağlamada yetersiz olduğunda hakkaniyet ilkesi deveye girer, bu ilke somut olaya uygulanmazsa, hukuka olan güven sarsılacaktır. Bazı yazarlarca ileri sürüldüğü üzere, kanundaki düzenlemenin somut olaya tam anlamıyla uygulanmasının haksız sonuçlara yol açması, mevcut düzenlemenin eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla BK. m. 11/II'de eksik düzenlemenin yer aldığı fikri bu yazarlar arasında yaygındır. Nihayet bu yazarlara göre, bazı hukuki işlemlerde sıkı şekil kurallarına bağlı kalmak, toplumun ihtiyaçlarını karşılamamaktadır, o halde, yeni düzenlemeler yapılmalıdır”. Bkz.: Hüseyin Altaş. **Şekle**

## 2. IUS CIVILE'NİN VE IUS GENTIUM'UN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

Roma devletinin sınırları genişledikçe nüfus yapısı değişti. Önceleri, egemenlik altına alınan devletlerin hukuku değiştirilmemişti. Egemenlik altına alınan ülkelerin halkı Roma yurttaşlığını kazanamadığından, her devletin kendine özgü hukuku uygulanmaya devam ediyordu. Ancak zaman içinde Roma yurttaşları ile egemenlik altına alınan devletlerin yurttaşları arasında hukuki ilişkilerin düzenlenmesi ihtiyacı doğdu. Bunun yanında, Roma egemenliği altında birleşen farklı devletlerin kendi aralarında da hukuk birliği sağlanması gerekiyordu.<sup>52</sup>

Kaynaklara göre, *ius civile* - *ius gentium* ayrımı şu ölçüye göre yapılmıştır: *Ius gentium*, Roma'ya dahil olan bütün kavimler nezdinde tabii aklın (*naturalis ratio*) oluşturduğu hukuku, *ius civile* ise, her kavmin kendi aklının (*civilis ratio*) oluşturduğu hukuku. *Civilis ratio*'nun bazı durumlarda *naturalis ratio*'ya karşılık geldiği gözlemlenirdi. Romalılara göre, *ius civile* ve *ius gentium*'dan başka, insanlar tarafından yaratılmamış olup hukuki kurallar şeklinde tabiatta var olan ve “tabii hukuk (*ius naturale*)”<sup>53</sup> olarak adlandırılan bir hukuk daha vardı.<sup>54</sup> *Ius naturale* (tabii hukuk), her zaman ve her yerde bulunan adil ve iyi bir hukuk olarak biliniyordu. *Ius naturale*, *ius*

---

**Aykırlığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi** (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), s. 147 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 260 vd.; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 236 vd.

<sup>52</sup> Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku** (Onikinci basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), s. 101-102.

<sup>53</sup> Romalıların tabii hukuk kavramı, Yunan düşünürlerin ilk olarak üzerinde çalışmalar yapmış olduğu tabii hukuk doktrininden kaynaklanır. Tabii hukuk anlayışına göre aklın kaynağı tanrısaldir ve akıl yoluyla insanlar ile tanrı arasında bir bağ kurulur. Buna göre hukukun kaynağını, insanların her birinde bulunan akılda aramak gerekir. Dolayısıyla, hukukun kaynağı doğadır ve hukuk özgür bir irade tarafından değil de doğanın yarattığı kurallardan oluşur. Buna göre, hukukçuların çalışmaları ya da halkın iradesi ile hak ve adaletin sağlanması olası değildir. Hak ve adaletin kaynağının doğada olduğu kabul edilir. Ünlü Romalı hukukçu *Cicero*, “Asıl kanun doğru akıldır. Bu kanun tabiata uygun her yerde varolan, değişmez, başlangıçsız ve sonsuzdur” der. Diğer ünlü Roma hukukçusu *Ulpianus* ise, şöyle der: “Tabii hukuku canlılara doğa öğretir. Hukuk yalnızca insanlara özgü değildir. Hukuk, karadaki, denizdeki, havadaki tüm canlıları ortaklaşa ilgilendirir”. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ernest Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri** (Üçüncü Tıpkı Basım. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001), s. 77; Max Kaser, **Ius Gentium** (Köln: 1993), s. 19; Hans Julius Wolff, **Roman Law An Historical Introduction** (Oklahoma: 1951), s. 83; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 30-31.

<sup>54</sup> *Digesta*'nın birinci kitabı incelendiğinde görüldüğü üzere, sırasıyla *D.1.1.1.3.*'de “*ius naturale*”, *D.1.1.1.4.*'de “*ius gentium*” ve *D.1.1.1.6.*'de “*ius civile*” ele alınmıştır. Bu sıranın metodolojik bir çalışma olduğu söylenmektedir. İlk önce *D.1.1.1.3.*' te, köleleri esirgemiş olan ancak, tüm canlıları kapsadığı için en kapsamlı hukuk olarak nitelenen “*ius naturale*” üzerinde durulmuştur. Daha sonra, *D.1.1.1.4.*'te, tüm insanlar için geçerli olan hukuk diye nitelenen “*ius gentium*”dan bahsedilmiştir. Son olarak *D.1.1.1.6.*'da ise, yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanan kuralları içeren medeni hukuk yani “*ius civile*” anlatılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Haluk Emiroğlu, **Kavimler Hukuku**, s. 68-69.

*gentium* tarafından geniş ölçüde tanınan ve *ius civile* tarafından da değiştirilemeyen hukuk kurallarından oluşuyordu.<sup>55</sup>

## 2.1. *Ius Civile*'nin Etkisi

*Ius civile* (*ius quiritorium*), “Roma yurttaşlarının hukuku” demektir.<sup>56</sup> *Ius civile*, Roma'nın pozitif hukuku idi. *Ius civile*'nin kaynağı halk idi. Bunun anlamı, *ius civile*'nin resmi bir makamın koyduğu kurallardan değil de, kanun haline gelmiş halk meclisi kararları (*lex*) ve ayrıca örf ve adet hukuku vb. kaynaklardan oluşmasıydı. *Ius civile* değişime açık olmayan, sert hukuk kurallarından oluşuyordu. Nitekim *ius civile*'nin en belirgin özelliği şekilci ve tutucu oluşuydu.<sup>57</sup> *Ius civile*'nin diğer belirgin özellikleri ise, özel mülkiyetin tanınmış olması ve mülkiyetin devrinin hukuki şeklinin geliştirilmiş olması, vasiyetle bırakılan miras konusunu kısmen düzenlenmiş olması ve söz konusu miras konusunu düzenleyen hükümlerin oldukça katı yorumlanıyor olması, hata ve hile ile ilgili sorunların ele alınmamış olması, hukuki işlemlerin çeşitli formalitelerle (kurallarla) donatılmış olması yani hukuki işlemlerin o zamana göre ileri derecede sayılabilecek teknik kurallara tâbi olmasıdır. *Ius civile* uyarınca, hukuki işlemlerin tâbi olduğu sıkı şekil kuralları uygulandıkça, tazminat ödenmesi söz konusu olmuyordu. Hukuki işlemlerdeki tipik formaliteler dendiğinde akla gelen, daha sonra üzerinde duracağımız *stipulatio* ve *mancipatio* idi. Bunlar esasen kendi içlerinde basit

<sup>55</sup> Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**. Çev.: Ziya Umur (İkinci basım. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1959), s. 30-31.

<sup>56</sup> *Ius civile*'ye yurttaşlar hukuku denmesinin sebebi, Roma yurttaşlarının “*cives*” olarak adlandırılmalarının yanında “*quirites*” olarak da adlandırılmış olmalarıdır. Yine bilindiği üzere, Roma devleti ilk olarak şehir-devlet (*civitas*) şeklinde kurulmuştu. Roma devletinin ilk zamanlardaki hukuku, Roma kavmini oluşturan yurttaşlara uygulanan *ius civile* idi. Bu ilk zamanlarda, Roma yurttaşı olmayan kimseler (yabancılar) hukuk dışı sayıldığından, kendilerine hiçbir hak da tanınmıyordu. Zaman içinde yabancılarla ticari ilişkiler artınca, zorunluluk gereği yabancılar *ius commercii* (ticari işlemler yapma hakkı) ve *ius connubii* (Romalılarla evlilikler yapma hakkı) gibi haklar tanındı. Bu haklar, hukuku sınırları genişleyen devlete uygun hale getirmek için zaman içinde oluşturulacak hukuki yapının temelini teşkil etmiştir denebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 100-101, Di Marzo, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>57</sup> Paul Koschaker, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları**. Çev.: Kudret Ayiter (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993), s. 11; Salvatore Riccobono, “Outlines of The Evolution of Roman Law”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, Vol. 74, No 1: 1-19, (November 1925), s. 1; Mario Talamanca, **Elementi di Diritto Privato Romano** (Milano: Giuffrè Editore, s. p.A, 2001), s. 33; Giovanni Pugliese, **Istituzioni di Diritto Romano Sintesi** (Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998), s. 50; Pasquale Voci, **Istituzioni di Diritto Romano** (Quinta Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996), s. 59.

olan işlemlerdi ancak yapılış tekniği itibariyle oldukça önem arz ediyorlardı. Örneğin nakit alışverişte, *mancipatio*'nun kaynağı olan, basılmış paranın (sikkenin) yerini tutan basit tartma işlemi, *ius civile*'ye göre mülkiyetin devri, akitten doğan borcun yüklenilmesi, evlenmenin aktedilmesi, vasiyet yapılması, borç için teminat verilmesi gibi birçok hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi için hukuki formaliteler aranır hale gelmişti.<sup>58</sup> Aile Hukuku ile ilgili olarak ise *ius civile*, toplumun ataerkil yapılanmasını gerektiriyordu. Buna göre, yaşamakta olan en yaşlı erkek atanın sahip olduğu *patria potestas*'a (baba hakimiyetine) tâbi olarak yaşayan, tüm aile ve ev halkı üyeleri yani babanın karısı, çocukları, köleleri ve yandaşları, Roma ailesini (*familia*'yı) oluştururlardı. Usul Hukuku ile ilgili olarak, *ius civile*'nin son derece teknik bir muhakeme şekli geliştirmiş olduğu söylenebilir. Teknik açıdan önem taşıyan muhakeme şekli ile özellikle kastedilen, Özel yargılama sistemindeki *Legis actiones* usulüdür. *Legis actiones* usulü ile, ilkel toplumlar söz konusu olduğunda genellikle temin edilmesi zor olan bir sistem kurulmuştu. Buna göre, adeta dinsel etkinin izlerini bünyesinde barındırarak, herhangi bir anlaşmazlık durumunda taraflara haklarını mahkemede ileri sürmeleri için zorlayıcı etki yaratan bir yöntem geliştirilmişti.<sup>59</sup>

## 2.2. *Ius Gentium*'un Etkisi

*Ius gentium*, yabancılara uygulanabilecek hukuk kurallarına ihtiyaç duyulması sebebiyle doğmuştur. Ticaret hayatının gerektirdiği üzere, hem Roma yurttaşlarına hem de yabancılara uygulanabilecek olan hukuk kuralları oluşturulmalıydı. Hukuksal alandaki bu hareketlenme çerçevesinde, Roma yurttaşlarına özgü hukuk kuralları günün ihtiyaçlarına göre değiştirilip yenilenirken, bunun yanında, kira akti, şirket akdi vb. gibi daha önce kullanılmamış olan yeni hukuki işlem çeşitleri ve akitler yaratıldı. Bütün bu faaliyetleri yerine getiren makam, önceden beri görev yapmakta olan şehir *praetor*'u (*praetor urbanus*) yanında ilk kez M.Ö. 242 yılında göreve getirilen yabancılar *praetor*'u (*praetor peregrinus*) idi. *Praetor peregrinus*'un faaliyete geçmesiyle, Roma yurttaşlarıyla yabancılar arasında yapılmaya başlanan hukuki işlemlerin belirgin özelliği, bunların, yeni saptanan şekil özelliklerine uygun olarak geliştirilmiş olup

<sup>58</sup>John Spencer Muirhead, **An Outline of Roman Law** (Second edition. Great Britain: William Hodge and Company, Limited, 1947), s. 13.

<sup>59</sup>John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 14; Wolff, **a.g.e.**, s. 62.

esneklik arz etmeleri ve Latince olmalarıydı. *Praetor peregrinus*'un hukuk yaratma faaliyetleri sonucunda, hem Roma yurttaşlarına hem de değişik kavimlerin üyesi olan tüm yabancılara uygulanabilecek birçok yeni hukuk kuralından oluşan yeni hukuk düzenine “*ius gentium* (kavimler hukuku)” dendi. *Ius gentium*, genellikle ekonomik ilişkilerle ilgili kurallar getirmişti. *Ius gentium*, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku gibi alanlarla ilgili hukuki düzenlemeyi içermiyordu. *Ius gentium*'un kapsamında, *praetor peregrinus*'un gerek yargısal faaliyetleri gerekse beyannameleri sonucunda ortaya çıkan hukuk kuralları ve bunun yanında kaynağı örf-adet olan hukuk kuralları yer alırdı.<sup>60</sup> Şekil kurallarına bağlı olan *ius civile* ile karşılaştırıldığında *ius gentium*, şekilci anlayıştan uzaktı.<sup>61</sup> *Ius gentium*, toplum hayatında doğan yeni ihtiyaçları karşılama özelliğine sahip olan, esnek hukuk kurallarından oluşuyordu.<sup>62</sup> Zaman içinde, *ius gentium*'un düzenlediği hukuk alanı, *ius civile*'nin uygulama alanına girmeye başladı. Nitekim, Roma'nın sınırları genişledikçe, Roma yurttaşlığını kazanan topluluk da siyasi sebeplerle büyüyordu. Bu durum, *ius civile*'nin uygulama alanının genişlemesi sonucunu doğurdu. M.Ö. 1 yüzyılda tüm İtalya halkına Roma yurttaşlığı tanınmıştı. M.S. 212 yılında imparator *Caracalla* tarafından çıkarılan “*Constitutio Antoniniana*” isimli emirnameyle, Roma İmparatorluğu'ndaki tüm uyruklara Roma yurttaşlığı tanınınca artık bundan böyle *ius civile*, “tüm uyruklara uygulanan hukuk” olarak tanımlanır oldu. “*Ius civile*” olarak ismini koruyan bu hukuk, esasen *ius gentium*'un birçok kuralını kapsamaktaydı.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> *Praetor peregrinus*'un, hukuk yaratmaktan başka, yargılama görevi de vardı. Buna göre *praetor peregrinus*, yabancılarla Roma yurttaşları arasında hukuki işlemlerden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkları çözmekle görevliydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: A. Arthur Schiller, “Custom in Classical Roman Law”, *Virginia Law Review*, Vol.24, No 3:268-282, (January, 1938), s. 276; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 102; Kaser; **Ius Gentium**, s. 6-7; Talamanca, **a.g.e.**, s. 33; Emiroğlu, **Kavimler Hukuku**, s. 29-30; Gordon E. Sherman, “Jus Gentium and International Law”, **The American Journal of International Law**, Vol.12, No 1:56-63, (January, 1918), s. 59-60; F. Wieacker, **Römische Rechtsgeschichte**, Vol. I (München, 1988), s. 266; Olga Tellegen – Couperus, **A Short History of Roman Law** (Great Britain: 1993), s. 48-49.

<sup>61</sup> Kaser, **Ius Gentium**, s. 5; Riccobono, **a.g.m.**, s. 10.

<sup>62</sup> Wolff, **a.g.e.**, s. 83-84; Gabrio Lombardi, **Ricerche In Tema di “Ius Gentium”** (Milano: 1946), s. 178-179 ve s.185.

<sup>63</sup> Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 9; Sherman, **a.g.m.**, s. 58-59; Emiroğlu, **Kavimler Hukuku**, s. 46; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 103; Riccobono, **a.g.m.**, s. 10-11.

### 3. ROMA USUL HUKUKU'NDA YARGILAMANIN GELİŞİMİ AŞAMALARI VE ŞEKİL

Roma Hukuku'nda hakların ne şekilde korunduğu konusuna açıklık getirilmeden önce günümüz hukukundaki duruma değinmekte fayda vardır.

Çağdaş hukukumuzda “yargılama” çerçevesinde hakların korunması görevini devlet organları üstlenir. Yargılama, bazı aşamalar içerir. Öncelikle karşımıza, davanın açılmasından hükmün verilmesine kadar söz konusu olan ilk aşama çıkar. İlk aşamada “Medeni Usul Hukuku” uygulanır<sup>64</sup>. İlk aşama sonucunda yargıç iddiayı haklı bulursa, davalı mahkûm olur. Davalı, hükmün gereğini yerine getirirse ikinci aşamaya geçilmez. Ancak davalı, hükmün gereklerini yerine getirmezse, “İcra aşaması” denen ikinci aşamaya geçilir ve devlet organları tarafından hükmün zorla yerine getirilmesi söz konusu olur.<sup>65</sup> Hakların korunması konusunda, günümüzdeki uygulamaya karşılık, Roma Hukuku'nda oldukça farklı bir uygulama söz konusudur. Hukuka aykırılıkları Roma'da ilk zamanlarda devlet değil, zarar görenler bizzat kendileri kovuşturuyorlardı. Başka bir deyişle, ihkaki hakkı yani kişilerin kaba kuvvet kullanarak haklarını kendi kendilerine almalarını meşru kılan bir “özel koruma düzeni” mevcuttu. Roma'nın en eski devirlerinde mevcut olan bu koruma düzeni, taraflar arasında çatışmalara neden oluyordu. Zamanla, çatışmaları engellemek için, devletin bu düzene müdahale etmesi

---

<sup>64</sup> Medeni Usul Hukuku çerçevesinde, kanuna ve belli kurallara dayanan özel haklar temin edilir ve korunur. Şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı bir hukuk dalı olan Medeni Usul Hukuku'nun koyduğu kurallar çerçevesinde, yargılama sürecinde dava tarafları ancak belirli süreler ve belli kurallara uymak kaydıyla iddia ve savunmalarını ileri sürebilirler. Bazı yazarlara göre, “şekli hukuk” olarak da adlandırılan Medeni Usul Hukuku'na göre hakimin keyfi davranışlarını önleyen, taraflara eşit davranılması sağlayan, özellikle bu şekil kurallarıdır. Yine bazı yazarlara göre, şekil kurallarına aşırı biçimde bağlılık sakıncalı olduğundan şekil kuralları hızlı, adil ve doğru kararlar alınmasına hizmet eder düzeyde sıklık arz etmelidir. Medeni Usul Hukuku, hukukun diğer alanlarına göre şekil kurallarına daha sıkı sıkıya bağlıdır. Örneğin, Medeni Usul Hukuku'nda yargılama sürecinde belirli süreler içinde yapılmayan işlemler sonradan tamamlanarak geçerlilik kazanamazlar. Şekil kurallarına bu denli bağlı olmakla amaçlanan, maddi hukukun icrasını zorlaştırmak değil, maddi hukukun icrasını sağlamaktır. Ancak Medeni Usul Hukuku'nun şekle sıkı sıkıya bağlı olması sonucunda maddi hukukun uygulanmasının engellenmesini ortadan kaldırmak için dürüstlük ilkesi gözetilerek çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Dürüstlük ilkesinin gözetilmesiyle, şekil kurallarına uygun gibi görünen ancak dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil eden işlemlerin yapılmasını önleyerek, hukukun nihai amacını sağlanması hedeflenmektedir. Örneğin, Medeni Usul Hukuku'nda, sürenin bir tarafın arzu ve isteği dışında kaçırılması durumunda, mağduriyeti engellemek için dürüstlük ilkesi gözetilerek “eski hale getirme” kurumu düzenlenmiştir. Bununla amaçlanan, maddi hukukun icrasını sağlamaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, **Medeni Usûl Hukuku** (3. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), s. 42-43.

<sup>65</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 269-270.

gerekti ve bu müdahale sonucunda, “kıstas” uygulanmaya başlandı. Devlet kıstasa belli ölçü ve kısıtlamalar getirmişti. Ancak yine çatışmaların önüne geçilememişti. Bu nedenle taraflar, toplumda örf adeti iyi bilen güvenilir kimseleri hakem olarak seçip, aralarındaki anlaşmazlıkları gidermeye çalıştılar. Zamanla hakem de anlaşmazlıkları çözümlemede yeterli olamayınca, devlet, “memur” statüsündeki temsilcileri anlaşmazlıkları çözümlemekle görevlendirdi. Bu son duruma göre devlet, diğer görevleri yanında yargıyı da üstlenmişti ve Roma Usul Hukuku’nun temeli atılmıştı.<sup>66</sup>

Roma Usul Hukuku, oldukça uzun bir zaman aralığında gelişim göstermiştir. Usul sözcüğünün Latincesi “*processus*”tur.<sup>67</sup> Bu gelişim, tartışmasız olarak günümüz hukukuna oldukça fayda sağlamıştır. Roma Usul Hukuku’nun temelini *actio*’lar (davalar) oluşturmakta idi.<sup>68</sup> Roma Usul Hukuku ile ilgili genel eserlerden edindiğimiz bilgilere göre, Roma’da hakların korunmasının gelişimi aşamaları incelendiğinde, esasen iki ayrı usul ve icra sistemi görülür. Bu sistemler, aşağıda incelenecek olan “Özel yargılama sistemi (*Ordo iudiciorum privatorum*)” ve “Sistem dışı yargılama (*Cognitio extra ordinem*)”dır. Krallık dönemi (M.Ö. 753 – M.Ö. 509)’nin ortalarından başlayarak, M.S. 342 yılına kadar “Özel yargılama sistemi (*Ordo iudiciorum privatorum*)” uygulanmıştı. Özel yargılama sisteminde hakların korunması, devletin denetim yetkisine rağmen, özel kişilerin rolünün ağır bastığı bir sistem içinde sağlanabiliyordu. Bunun sebebi, o devirde, özel kişiler arasındaki anlaşmazlıkların çözümünün, devletin denetimi altında olmakla birlikte, özel kişilerin uzmanlık alanına giren bir iş olarak kabul edilmiş olmasıydı. Özel yargılama sisteminin uygulandığı dönemin ilk aşamasında “*Legis actiones* ( *legis actio*’lar = kanuni davalar) usulü” uygulanmıştı. *Legis actiones* usulü, Krallık döneminin ortalarından, M.Ö. 17 yılında imparator *Augustus*’un çıkardığı *Lex Iulia* Kanunu’na kadar uygulanmıştı. Özel yargılama sisteminin uygulandığı dönemde, *Principatus* dönemi (M.Ö. 27 – M.S. 235/ 284)’nin başından itibaren ise “*Formula* usulü” uygulanır olmuştu. *Formula* usulü, M.S. 342

<sup>66</sup> Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984), s. 499 vd.; Çelebican, **Roma Hukuku** , s. 270 vd.

<sup>67</sup> Andreas Schwarz, **Roma Hukuk Dersleri**. Çev.: Türkan Rado, C.I (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963), s. 165.

<sup>68</sup> Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 2; Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), s. 19 vd.

yılına kadar uygulanmıştı. Yargı fonksiyonu olarak da adlandırılabilen hakların korunması meselesi, M.S. 294 yılından başlayarak, tümüyle devletin görev alanına ait bir faaliyet olarak kabul edilmeye başlanmıştı. Bu durumda, yeni bir usul geçerlilik kazanıyordu ve bu yeni usule “Sistem dışı yargılama (*Cognitio extra ordinem*)” deniyordu. Sistem dışı yargılamada dava tek aşamada görülüyordu. Klasik Sonrası dönemde artık “Sistem dışı yargılama”, Özel yargılama sisteminin yerini almıştı. Sistem dışı yargılama, M.S. 342’den başlayarak *Iustinianus* döneminin sonuna kadar yani M.S. 565’e kadar uygulanmıştı. Bu iki usulle ilgili olarak belirtilmesinde fayda görülen husus, bu usul sistemlerinin belli bir tarihte birbirlerinin yerini almamış olmaları, geçiş sürecinde birlikte uygulanmış olmaları yani, Sistem dışı yargılama usulünün yavaş yavaş Özel yargılama sisteminin yerini almış olmasıdır.<sup>69</sup>

Roma Usul Hukuku, günümüz Medeni Usul Hukuku’nun kamusal olmasının aksine,<sup>70</sup> özel niteliktedir. Şöyle ki, günümüzde davacı ve davalılar hakim aracılığı ile mahkemeye davet edilmekte iken, Roma’da usulü, hakkını elde etmek isteyen davacı yönetmekte, davalıyı *magistra*<sup>71</sup> önünde davet etmektedir. Şekilcilik<sup>72</sup> adeta Roma

<sup>69</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 275-276; William L. Burdick, **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law** (New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2004), s. 626-627; Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, **Roma Usul Hukuku** (İstanbul: Der Yayınları, 1997), s. 11.

<sup>70</sup> Bilindiği üzere, özel hukukta kişilerin özgürlüğü esas alınır, buna göre kişiler irade serbestisi içinde birbirleriyle hukuki ilişkiye girebilirler. Kamu hukuku ise bunun tersine, uyulması zorunlu olan kuralları koyar. Medeni Usul Hukuku, kamu hukuku karakteri ağır basmakla birlikte, özel hukuka hizmet eden hakların kamu gücü kullanarak korunmasını sağlar. Medeni Usul Hukuku’nun konusu özel hukuk uyuşmazlıkları olduğundan, Medeni Usul Hukuku tüm özel hukuk dallarıyla yakın ilişki içindedir. Medeni Usul Hukuku’ndaki hükümlerin genellikle emredici olması ve dava açılmasıyla birlikte tarafların kendi aralarında kamu hukukuna ilişkin usulü bir ilişki doğması sebebiyle bu hukuk dalı kamusal nitelik arz eder. Doktrinde, Medeni Usul Hukuku’nun kamu hukukuna ya da özel hukuka ait olduğu konusunda tartışmalar olmakla birlikte, bu hukuk dalının kendine özgü (*sui generis*) bir yapısı olduğunu savunanlar da vardır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Pekcanitez, Atalay ve Özkes, **a.g.e.**, s. 42 vd.

<sup>71</sup> Aşağıda Özel yargılama sistemi açıklanırken değineceğimiz “*in iure*” aşamasında yani “*magistra* önündeki aşama”da ön plana çıkan yargı organı *magistra* idi. Söz konusu yargılama aşaması, bu aşamanın adından da anlaşılacağı üzere, *magistra*’nın önünde gerçekleştirilmekteydi. Roma’nın çeşitli devirlerinde devletin başındaki büyük memurlara verilen isim “*magistratus*” idi. Krallık, Cumhuriyet ve *Principatus* dönemlerinde, devletin üç büyük organından birisi *magistratus*, diğerleri ise *senatus* ve *populus* idi. Krallık döneminde yalnızca kral(*rex*), Cumhuriyet döneminde ise *consul*’lerden biri *magistra*’lık görevini yerine getirmekteydi. *Praetor*’luk makamının kurulmasından sonra ise bu görevi artık *praetor* yerine getirmekteydi. *Magistra*, davayı çözmezdi. Özel yargılama sisteminde davayı çözenler, hukuki bilgisine güvenilen yargıç (*iudex*), bazı durumlarda ise teknik bilgisi olduğu için görevlendirilen hakem (*arbiter*) denilen, geçici olarak kendisine bu görevin verildiği, devlet memuru olmayan kimselerdi. Davayı çözme görevi olmayan *magistra*, önüne getirilen olayın dava konusu edilip edilemeyeceğine yani tarafların arasında gerçekten de çekişmeli bir durum olup olmadığına karar verme yetkisine sahipti. Dava hakkı tanıyıp tanımama yetkisine sahip olan *magistra*’ların ve özellikle bu görevi yerine getiren *praetor*’ların, Roma hukukunun gelişmesine katkıları büyüktür. *Praetor*’lar, kanun koyucu ya da davalar ile ilgili hüküm veren bir makam da değillerdi ancak buna rağmen, dava hakkı tanıma faaliyetleri sırasında, Roma



Hukuku'nun tüm eski kurumlarına hakim olmuştur denilebilir. Roma Hukuku alanında şekilciliğin en fazla hakim olduğu kurum ise Roma Usul Hukuku idi. Şekilcilik gereği, Roma Hukuku'nda bir hakkın mevcut olduğu, ancak örf ve adet veya kanunla belirlenmiş şekil kurallarına uymakla iddia edilebiliyor ve kazanılabiliyordu. Bazı yazarlara göre, Roma Hukuku'nda davanın görülmesi, merasimli bir şekilcilik meselesiydi.<sup>73</sup> Roma'da davacı davasını (*actio*)<sup>74</sup> ancak belirli şekillerde ileri sürebilirdi. Bunlar kanuni dava şekilleri idi. *Praetor* tarafından ancak belirli sayıdaki dava şekilleri kabul edilmekteydi. Uygulamadaki dava şekilleri sayısınca hukuk düzenince korunan hak mevcuttu.<sup>75</sup>

Aşağıda Roma Usul Hukuku'ndaki Özel yargılama sistemi ve Sistem dışı yargılama, şekil özellikleri açısından incelenmeye çalışılacaktır.

### 3.1. Özel Yargılama Sistemi (*Ordo Iudiciorum Privatorum*)

Özel yargılama sisteminde önce *Legis actiones* usulü, daha sonraları ise *Formula* usulü uygulanmıştır. Dava, her iki usulde de, iki aşamada görülürdü. Bunlardan

---

hukukunda yeni hakların, yeni kuralların ortaya çıkmasını doğuran çalışmalar yapmışlardı. Böylelikle Roma hukukunun şekle sıkı sıkıya bağlı olmasının doğurduğu sakıncaların önüne geçilmeye çalışılmıştı. *Praetor*'lar, Roma hukukunda hakkaniyet ilkesinin gelişmesinde öncü olmuşlardı. Bkz.: Meral Sungurtekin Özkan ve Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s. 21-22; Recai G. Okandan, **Roma Âmme Hukuku** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944), s. 195-196; Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 131; Kadir Gürten, **Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas)** (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), s. 65 ve s. 79; Selçuk Öztekin, "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, Törelerden Şekle; Hususî Adaletten Devlet Adaletine", **İ.Ü.H.F.M.**, Cilt 51, Sayı 1-4: 337-372, (1985), s. 336-337 ve s. 341.

<sup>72</sup> Aşağıda incelendiğinde görülecektir ki, günümüz Medeni Usul Hukuku'ndaki şekil kuralları, Roma Usul Hukuku'ndaki şekil kuralları ile aynı amaca hizmet etmektedir. Tıpkı günümüzdeki gibi Roma Usul Hukuku'nda da şekil kuralları tarafların belli işlemleri, belli bir şekle uyarak, belli bir süre içinde yapmalarını gerektirmektedir. Şekil kurallarına uyulmaması durumunda tarafların aleyhine sonuçlar doğmaktadır. Günümüz Medeni Usul Hukuku'nda, şekil kuralları olmadan adaletin sağlanamayacağı inancı yaygındır. Nitekim şekil kuralları, yargıcın keyfi davranmasını engeller. Bu durum, tarafsız yargılama sonucunda, şüphe yaratmayan, adil bir kararın verilmesini sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özkan-Özdemir, **a.g.e.**, s. 18-19.

<sup>73</sup> Mişon Ventura, **Roma Hukuku**, C.I (İstanbul:1934), s. 152; Michel Villey, **Roma Hukuku, Güncelliği**. Çev.: Bülent Tahiroğlu (İstanbul: Der Yayınları 2000), s. 15; R.W. Lee, **The Elements of Roman Law** (Fourth Edition, London: Sweet & Maxwell Limited, 1956), s. 422.

<sup>74</sup> *Actio* (*Dava*); hakkının çiğnendiğini kişinin yargı makamları önünde iddia etmesi ve hakkını çiğneyene yaptırım uygulanmasını istemesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tahiroğlu-Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 8 vd.; Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 8-9; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 101; Lee, **a.g.e.**, s. 421.

<sup>75</sup> W.W. Buckland, M.A., **Elementary Principles of The Roman Private Law** (New York: William s. Hein & Co., Inc., 2003), s. 339; Villey, **a.g.e.**, s. 17 vd.; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 283-284.

birincisi, *magistra* önündeki aşama yani “*in iure*” aşaması idi. Diğer aşama ise, tarafların üzerinde anlaşığı ve *magistra*’nın davayı görme yetkisi verdiği özel yargıç önündeki aşama yani “*apud iudicem*” aşamasıydı.<sup>76</sup>

### 3.1.1. “*Legis Actiones*” Usulü

Roma Usul Hukuku’nda Özel yargılama sisteminde ilk uygulanan usul, yukarıda belirtildiği gibi “*Legis actiones* (kanuni davalar)” usulüydü. *Legis actio*’lar, gerçek anlamda birer dava değil ancak, davaların görülmesine yarayan, kalıp haline getirilmiş şekillerdi. Bunlar, kanunla tespit edilmişlerdi. *Legis actio*’lar, değiştirilemeyen kelimelerin yer aldığı belli kalıplardan oluşuyorlardı.<sup>77</sup> Söz konusu beş tane kalıp-şekil içinde, bütün davaların görülebilmesi mümkündü. *Legis actiones*, *Gaius*’un *Institutiones* adlı eserinde yer aldığı üzere beş şekilde görülüyordu:<sup>78</sup>

***Gaius, Inst. 4.12:*** “*Lege autem agebatur modis/ quinque: Sacramento, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectioem, per pignoris capionem.*”

***Gaius, Inst. 4.12:*** “Kanuni davalar beş şekilde görülüyordu: *Sacramento, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectioem, per pignoris capionem.*”<sup>79</sup>

*Legis actio*’ların en eskilerinden biri *legis actio sacramento* idi. Bu çalışmada, şekle sıkı sıkıya bağlı olma özelliğiyle, diğer *legis actio*’lar arasında ön plana çıkan bu *legis actio* şekli üzerinde durmak uygun görülmüştür: Anlaşmazlık konusu hakkın aynı ya da şahsi bir hak olmasına göre *legis actio sacramento*’ların iki şekli vardı. Bunlar; *legis actio sacramento in rem* ve *legis actio sacramento in personam* idi. *Legis actio sacramento in rem*’in konusu Aile Hukuku’na ait mutlak haklar ve aynı haklardı. Örneğin, anlaşmazlığın konusu evli kadın üzerinde *manus* ya da aile evlatları üzerinde

<sup>76</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 422.

<sup>77</sup> A. Nadi Günel, **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf** (Ankara: 2007), s. 28; Albert Kocourek, “The Formula Procedure of Roman Law”, **Virginia Law Review**, Vol.8, No 5: 337-355, (1922), s. 339; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 112-113; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 283 vd.

<sup>78</sup> Tahiroğlu - Erdoğmuş, **Roma Usul Hukuku**, s. 15; Lee, **a.g.e.**, s. 422-423.

<sup>79</sup> *Gaius, The Institutes of Gaius*. Edited by: W.M. Gordon-O.F. Robinson (London: Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997), s. 195.

*patria potestas* ise, davalar bu *legis actio* şekli ile görülürdü. Anlaşmazlık konusu olan mal ya da malın bir parçası *magistra* önüne getirilip, belli sözlerin söylenmesi gerekirdi: Davacı, bir değnekle mala dokunur, “bu malın *Qirites* hukukuna göre bana ait olduğunu beyan ediyorum” derdi. Bu beyana ek olarak davacı davalıya; “sana karşı istihkakımı ileri sürüyorum” derdi. İşte bu şekil kalıpları, mutlaka söylenmesi gereken sözlerden oluşuyordu. Davalı ikrar ederse, dava sonuçlanmadan kesilir, icraya geçilirdi. Davalı ikrar etmezse, o zaman davalı da aynı sözleri tekrarlardı. Davacı ve davalı, ikisi de aynı iddiada bulunursa, *magistra*<sup>80</sup>, onlara “malı bırakın” der ve davalı ve davacıyı birbirine eşit duruma getirebilirdi.<sup>81</sup> *Legis actio sacramento in personam*’da ise, anlaşmazlık konusu olan şahsi bir haktı ve bu *legis actio*’ya göre davacı ve davalı eşit durumda değildi. Davacı, “bana şu kadar para vermekle ya da bu işi yapmakla mükellef olduğunu beyan ediyorum” derdi. Bu durumda davalı, ya iddiayı reddederdi ve bunu üzerine her iki taraf hakimi seçerler ve hakimin önünde iddialarını ispat etmeye çalışırlardı, ya da davalı ikrar ederdi ve dava orada kesilirdi.<sup>82</sup>

*Legis actio*’lara kanuni dava şekilleri denilmesinin sebebi, bunların hem kanunla tespit edilmiş olmasından, hem de kanun gibi değiştirilemeyecek şekiller içinde ileri sürülmesi gereğinden kaynaklanıyordu. *Legis actio*’lar, XII Levha Kanunu’ndan önceki geleneği yansıtıyorlardı ancak elbette bunun gelişmiş şekilleriydiler. Yukarıda sayılan beş çeşit *legis actio*’nun şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmaları sebebiyle, davacının alacağından biraz fazlasını talep etmesi, davanın tamamen reddi ile sonuçlanırdı.<sup>83</sup>

Taraflar, bahsedilen beş *legis actio* şeklinden kendi anlaşmazlıklarına uygun olanını seçip dava açmaktaydılar. Her *legis actio*’da yapılması gereken işlemler ve kullanılması gereken sözler (formüller) farklıydı. Bunların ortak özellikleri ise şekilci olmalarıydı. Başvurulacak *legis actio*’nun kapsamına giren formüllerin seçimindeki hata, iddia sahibini dava olanağından yoksun bırakırdı. Bu durum, hukukun gelişmesini

<sup>80</sup> *Legis actio* usulünde, *magistra*’nın rolü oldukça sınırlıydı. *Magistra*’nın rolü, söz konusu anlaşmazlıkta seçilmiş olan *legis actio* şeklinin ve formülünün kanuna uygun olup olmadığını denetlemek ve yine, şekle bağlı işlemlerin ve sözlü formüllerin söylenmesinde kanuna bağlı kalınıp kalınmadığını, ayrıca, tarafların dava ehliyeti olup olmadığını kontrol etmekte. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 284.

<sup>81</sup> Günel, **Roma Medenî Usûl...**, s. 29; Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 19.

<sup>82</sup> Umur, **Roma Hukuku**, s. 534-535; MacCormack, **a.g.m.**, s. 449; Günel, **Roma Medenî Usûl...**, s. 30.

<sup>83</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 15.

engellemekteydi.<sup>84</sup> *Gaius*, Roma Usul Hukuku'nda sıkı şekilciliği esas alan bu uygulamaya, *Institutiones* adlı eserinde yer vermiştir:

*Gaius, Inst. 4.11: "...Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legitiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae ersnt, quippe tune edicta praetoris, guibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uek ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur, unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur..."*

*Gaius, Inst. 4.11: "...Eğer bir kimse, bağ kütüklerinin kesilmiş olmasından dolayı dava açar ve praetor önünde dava sırasında 'kesilmiş kütükler (vites succisae)' diye bahsederse, davasını kaybeder. Çünkü kanun, kesilmiş kütüklerden değil, 'kesilmiş ağaçlardan (de arboribus succisis)' bahseder, o halde davacı da kesilmiş ağaçlardan bahsetmeliydi..."*<sup>85</sup>

Özel yargılama sisteminde uygulanan ilk usul olan *Legis actio*'lar usulünde anlaşmazlıklar, *magistra*'nın yetki verdiği özel bir yargıç tarafından çözümleniyordu. Söz ve davranışları sıkı şekil kurallarına tâbi olan *magistra*, devletin temsilcisi olarak, söz konusu iddia sahibine dava olanağı tanınıp tanınmayacağına karar veriyordu ve bu olanak tanındığı takdirde, davanın ne şekilde yürütüleceğini koşullar halinde tespit ediyordu.<sup>86</sup> Başka bir deyişle *magistra, legis actio*'nun ve formülün uygun olup olmadığını, şekle bağlı işlemlerde ve sözlü formüllerde şekil kurallarına uyulup uyulmadığını denetler ve özel kişilerin anlaşmazlığı ile ilgili faaliyetleri yönetirdi.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 284 vd.; Barry Nicholas, "Verbal Forms in Roman Law", **Tulane Law Review**, Vol.66:1605-1613, (1991-1992), s. 1609; Öztekin, **a.g.m.**, s. 340 ve s. 345-346.

<sup>85</sup> Gordon - Robinson, **a.g.e.**, s. 195.

<sup>86</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 273; Öztekin, **a.g.m.**, s. 340-341.

<sup>87</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 12; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 284.

Anlaşmazlıkların çözümlenmesi işlemi, dava taraflarının üzerinde anlaşmaları ve *magistra* tarafından yönlendirilmiş “özel yargıç” tarafından sonuçlandırılırdı.<sup>88</sup>

*Legis actio*’lara başvuru devirde dava, şekil kuralları açısından çok sıkı olmayan “*magistra* önüne davet” ile başlıyordu. *Magistra* önüne davet, *Legis actio*’lar usulünde şekle bağlı değildi. *Magistra* önüne davet, “*in iure*” aşamasında gerçekleşiyordu. Bir hakkın çiğnediğini iddia eden kişi, bu hakkı çiğnediğini iddia ettiği kişiyi *magistra* önüne davet ediyordu. *Magistra*, bu iddiaya bağlı olarak dava olanağı tanırsa, tarafların seçtiği özel yargıca bu davayı görmek ve karar vermek yetkisi tanınıyordu. Dava koşullarının saptandığı ve *magistra* önündeki aşamanın sona erdiği bu aşamaya “*litis contestatio* (davanın saptanması)” deniyordu. Özel yargıç önünde davanın görülüp sonuçlandırılması ise “*apud iudicem*” aşamasında gerçekleşiyordu. Özel yargıç, tarafları ve diğer kişileri dinledikten sonra kesin bir hüküm verirdi, buna “*sententia*” denirdi. Davalının mahkûmiyetine ya da beraatine karar verildiği *sententia*’da kesinlik söz konusuydu. Bu aşamadan sonra, hükmün icrasına geçilirdi.<sup>89</sup>

Roma’da yargılamanın ilk uygulandığı devirler ve şekilcilik hakkında edinilen bazı bilgilere göre, ilk hukukçuların rahipler olduğu görülür. Bazı yazarlar, o zamanın rahip hukukçuları tarafından yaratılmış olan dava şekillerinin dinsel ve büyüsel içerikli niteliklerinden dolayı, bunlara mutlaka uyma zorunluluğunun doğduğunu iddia etmektedirler.<sup>90</sup> Davacı dava açmadan önce rahiplere danışır ve onlardan davasını açabilmek için dava şekli talep ederdi. Rahip hukukçular, eski dava şekillerine uyulmasını sağlamışlar, bunun yanında, zaman içinde XII Levha Kanunu’ndan esinlenerek yeni dava şekillerini kanunlara uygun olarak yaratma yoluna gitmişlerdi. Şöyle ki, rahip hukukçular, o zaman dek uygulana gelen kanunlardaki modelleri ele almışlar ve yeni dava şekillerinin metinlerini onlara uygun olarak oluşturmuşlardı. Uzun süre söz konusu dava şekilleri rahip hukukçuların arşivlerinde gizli tutulmuştu. *Appius Claudis*’un sekreteri, *Cn. Flavius* M.Ö. 304’de dava şekillerini gün ışığına çıkararak, bunları bir araya getirmiş ve bir derleme yayınlamıştı. En eski hukukçular ise dava şekillerini açıklayıp yorumlamışlardı. Kanunlardan esinlenerek rahip hukukçular

<sup>88</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 422; Umur, **Roma Hukuku**, s. 544; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 286.

<sup>89</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 273-274.

<sup>90</sup> MacCormack, **a.g.m.**, s. 440-441.

tarafından düzenlenen formülle, davacının alacak miktarı ve bu alacağın kanuni sebebi kesin olarak tespit edilirdi. Miktar tespit edilmeden ve sebebe dayanmaksızın dava açılmazdı. Roma'da ilk zamanlarda ticaret hayatı sönüktü, bu nedenle hukuki işlemlerin yapılmasında karmaşık şekiller kullanılması bir sorun yaratmıyordu. Ancak ele geçen yeni topraklardaki yeni kavimlerle kurulan ticari ilişkiler sonucunda durum değişti. Ticaret hayatında hareketlenmeler oldu. Bunun üzerine, hukuki ilişkilerde uygulanmakta olan şekilcilik sorun yaratmaya başladı.<sup>91</sup>

### 3.1.2. “Formula” Usulü

Roma devletinin doğu sınırlarının gelişmesiyle Romalılar Yunanlılarla karışmışlar ve kendi düşünce tarzlarının tersi olan Yunanlıların düşünce tarzlarını benimsemeye başlamışlardı. Görünüşte Roma geleneğine bağlı yaşamaktaydılar ancak *ius civile*'nin kutsal şekilciliğine ve Roma dinine eskisi gibi körü körüne bağlı yaşamamaya başlamışlardı. Eskiden bir türlü dini korku ile bağlı oldukları şekilcilik yerine, hukukun insanların daha fazla eşitlik, huzur, refah içinde yaşamasını amaçladığı Helenistik düşünce akımını benimsemişlerdi. Artık Roma Hukuku, eski hukukun temelleri üzerinde, bu yeni düşünce tarzının etkisinde, hakkaniyetin (*aequitas*) ve adaletin (*iustitia*) gözetildiği mükemmel bir konumdaydı. Romalı hukukçular bu yakınlaşmayla, Yunanlıların felsefi düşünce tarzını geliştirmeyi değil, faydalı ve adil bir şekilde işleyen yeni usul hukuk sistemi doğrultusunda sosyal organizasyonu sağlamayı amaçlamışlardı. M.Ö. 367 yılında çıkarılan *Lex Licinia Sextia* adlı kanunla, şehir *praetor*'luğu (*praetor urbanus*) kurulmuştu. *Praetor urbanus*, Romalılar arasındaki anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmakla görevliydi. M.Ö. 242 yılında görevlendirilen yabancılar *praetor*'u (*praetor peregrinus*) ise, Romalılar ile yabancılar arasındaki anlaşmazlıkları çözmekle görevlendirilmişlerdi. *Praetor*'un görevi, Usul Hukuku şekillerine uyulup uyulmadığını denetlemek (*iurisdictio*), tarafları Roma Hukuku'nun özel hakimine başvurmaya yöneltmek vb. idi. *Praetor*'un hukuki meselelerde danışması gereken üstat hukukçular ise *iurisprudentes* idi. Bu laik hukukçular eski rahiplerin rolünü üstlenmişler, eski Roma şekilciliğinin terk edilip yeni dava şekillerinin yaratılması konusunda çalışmalar yapmışlardı. Dolayısıyla *cavere* yapıyorlardı yani

---

<sup>91</sup> Villey, a.g.e., s. 19 vd.

hukuka şekil veriyorlardı ve yorum yapıyorlardı.<sup>92</sup> Diğer bir yenilik ise, Usul Hukuku'nda sözlü dava şekillerinin terk edilip *formula*'ların benimsenmesi ile gerçekleşti. Artık *ius civile*'nin eski ve faydasız şekilleri kaldırılacaktı. Çünkü yalnızca Romalılar'ın yaralanabileceği dava şekillerine göre, bir *peregrinus*'un (yabancının) dahil olduğu anlaşmazlık çözülemezdi. *Formula*'lar ile, merasimli olanlar terk edilmek şartıyla eski dava şekilleri örnek alınmış, görünüşte küçük ama esasen önemli olan değişiklikler ve eklemeler yapılmıştı. Böylelikle, bilimsel ve kesin tarzda hazırlanan *formula* tekniği ile, eskiden yalnızca vatandaşlara tanınan haklardan, yabancıların da yararlanması sağlanmıştı.<sup>93</sup>

*Legis actio*'lar usulünde, dava sırasındaki merasim usulünü iyi bilen bir kimse, şekil kurallarını bilmeyip hata eden hasmı karşısında, haksız olsa da davasını kazanabiliyordu. *Legis actio*'lar usulünde, *magistra* önündeki aşamada bir kelime hatasının haklı bir davayı kaybetme sonucunu doğurması, Romalıların şekilci anlayıştan hoşlanmamaları ve zamanla uzaklaşmalarına neden olsa da, "*Formula*" usulünün doğuş sebebi, *legis actio*'ların şekilciliğini bertaraf etmek değildi. Romalılar, uzak ülkelerde fetihlerde bulundukça, Roma sınırları içinde yaşayan ancak kendilerine Roma vatandaşlığı tanınmamış olan kimselerin yani yabancıların (*peregrinus*'un) sayısı arttı. Roma vatandaşlarıyla, kendilerine *Legis actio*'lar usulünde dava ehliyeti tanınmamış olan yabancılar arasındaki anlaşmazlıklarda, *Legis actio*'lar usulünü uygulama olanağı olmadığından, *praetor*'lar *Formula* usulü denen yeni bir usul yaratma yoluna gittiler. *Legis actio*'lar usulüne göre daha sade ve haklı tarafa davasını kazanma olanağı veren *Formula* usulü, Roma yurttaşlarının aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde de zamanla daha fazla başvurulan bir yöntem oldu.<sup>94</sup>

*Formula*, anlaşmazlığı çözümlenecek olan özel hakim ve onun çözümleneceği uyuşmazlığı tespit eden *praetor*'lar tarafından belli şekilde düzenlenmiş, *talimat*

<sup>92</sup> Villey, **a.g.e.**, s. 28 vd.; Okandan, **a.g.e.**, s. 195; Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 168; Gürten, **a.g.e.**, s. 65; Wolff, **a.g.e.**, s. 33.

<sup>93</sup> Burdick, **a.g.e.**, s. 636-637; Kocourek, **a.g.m.**, s. 353-354.

<sup>94</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 292-293; Ventura, **a.g.e.**; s. 179-180; Öztekin, **a.g.m.**, s. 347; Günal, **Roma Medenî Usûl...**, s. 32; LL. D. J.T. Abdy, **A Historical Sketch of Civil Procedure Among Romans** (New York: William s. Hein & Co., Inc. 2004), s. 27-28.

niteliğinde yazılı bir belge idi.<sup>95</sup> *Formula* usulünde, davalının mahkûmiyeti mutlaka bir miktar paraya ilişkin olmalıydı.<sup>96</sup> *Formula* usulü, Özel yargılama sistemi içinde yer aldığından, *magistra* önündeki aşama (*in iure*) ve özel yargıç önündeki aşama (*apud iudicem*) aşamaları bu usulde de yer almaktaydı. *Formula*'lar değişikleri yani kişisel durumlara göre farklı şekillerde uyarlanabilecek çeşitlilikteydi. *Legis actio* beş tip idi ancak *formula*, her dava için o davaya özgü yapılmıyordu. Her *formula*'ya o dava ile ilgili her husus konuyordu. Artık belli sözlerin kullanılması zorunluluğu söz konusu değildi. *Formula* usulü de *Legis actio*'lar usulü gibi, davalının yokluğunda görülemezdi. *Legis actio*'lardan farklı olarak, *in iure* aşamasında taraflar bir vekil (*cognitor* ya da *procurator*)<sup>97</sup> aracılığı ile temsil edilebilirlerdi. Vekiller, şekle bağlı bir işlemle yalnızca söz konusu anlaşmazlık için görevlendirilebiliyorlardı ve ancak dolaysız temsil mümkündü. *In iure* aşaması, taraflar ya da vekilleri hazır bulunduğu *magistra* önünde gerçekleşirdi. Taraflar iddia ve savunmalarını, herhangi bir şekle uyma zorunlulukları olmaksızın ve sözlü olarak *magistra*'ya sunarlardı.<sup>98</sup>

*In iure* aşaması sonunda hazırlanan *formula*, davacı ve davalının iddia ve karşı iddialarını kapsayan, adeta *magistra*'nın ağzından söylenmiş gibi düzenlenen, davayı karara bağlaması için hakime emir ve yetki veren yazılı bir belgeydi. *Formula* düzenlendikten sonra iddia sahibi, iddiasını karşı tarafa bildirirdi. Karşı taraf, *formula*'yı kabul ederse dava saptanmış olurdu. *In iure* aşaması sonunda, davanın saptanmış olduğu yargılamanın bu önemli evresine, "*litis contestatio* (davanın tesbiti)" denirdi. *Formula* usulünde *litis contestatio*, gerçek anlamda bir anlaşma niteliğini taşıyordu. *Formula*'nın dava edilmek istenen kimse tarafından kabul edilmemesi durumunda ise dava görülemezdi. Bu sebeple, *praetor*'un öngördüğü, para cezası, mallarına el koyma vb. tedbirlerle dava edilmek istenen kişi, *formula*'yı kabul etmeye zorlanabilirdi. Ancak *formula*'yı kabul etmek istemeyen kimseye karşı dava açılmazdı. O halde, Roma Usul Hukuku'nun bu aşaması için, davanın görülmesinde tarafların rızasının bulunmasının

<sup>95</sup> Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 293.

<sup>96</sup> James Muirhead, **Historical Introduction to the Private Law of Rome** (Third edition. London: A.& C. Black, Ltd., 1916), s. 330.

<sup>97</sup> Umur, **Roma Hukuku**, s. 566; Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 24.

<sup>98</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 112 vd.; Umur, **Roma Hukuku**, Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1: 167-212, (2005), s. 181 ve s. 173.



önemini koruduğunu söylemek mümkündür. *Litis contestatio* ile birlikte artık tarafların mahkemenin kararına uymaları zorunluydu. *Formula* usulünde, davanın tesbiti ile artık aynı uyumsuzluk konusunda başka bir dava açılması olanaksızlaşır, dolayısıyla davanın tesbiti borcu sona erdiren bir durumdu. *Litis contestatio*'dan sonra ortaya çıkan yeni durumları hakim dikkate alamazdı.<sup>99</sup>

Yargı fonksiyonunu yerine getiren *praetorlar*'ın görev yılları başında yayımladıkları beyannameler (*edictum*), belli koşullarda tanıyacakları davalar için düzenledikleri dava *formula* (formül)'larını içeriyordu. Esasen *praetor*'lar, *ius civile*'nin tanıdığı davalara yeni şartlar ekleyerek, bunları önlerine gelen olaylara uygun duruma getirebiliyorlardı ve ayrıca, *ius civile*'de düzenlenmemiş durumlar için, yeni dava hakkı tanıyabilme yetkisine de sahiptiler. *Praetor*'lar, önceki beyannamedeki eksiklikleri, ihtiyaca göre yeni beyanname ile sonraki yılda giderebiliyorlardı. Ancak *Principatus* devrinde, *praetor*'ların yetkileri ve önemi azalmıştı. Artık *edictum*, değiştirilmeden her sene aynen ilan olunan, kalıplaşmış bir beyannameye dönüşmüştü. İmparator *Hadrianus*, M.S. 130'da, hukukçu *Salvius İulianus*'u, *edictum*'un metnini, sabit bir şekle getirmekle görevlendirdi. "*Edictum perpetuum*" denen bu *edictum*, artık yalnızca imparator tarafından yenilenebilecekti.<sup>100</sup>

*Formula*'da başlıca üç bölüm yer alıyordu. Bölümler, sırasıyla şöyleydi: İleri sürülen olaylar (*demonstratio*), hukuki dayanaklar, hak ve yükümlülükler (*intentio*), sonuç (*condemnatio*). *Demonstratio*'da olay açıklığa kavuşturulur, *intentio*'da hukuki dayanak belirtilir yani bir hakkın doğup doğmadığı tartışılır, *condemnatio*'da ise sonuca varılır. *Praetor* tarafından ayrıca, davalının ileri sürdüğü karşı iddiaların da *exceptio* (defi) olarak *formula*'da yer almasına izin verilmişti.<sup>101</sup>

*Exceptio*, bütün *formula*'larda bulunmayabilirdi. Bu nedenle *exceptio*, bazı yazarlarca *formula*'nın istisnai kısmı olarak nitelenirdi. *Legis actio*'lar usulünde

<sup>99</sup> M. A. Greenidge, *The Legal Procedure of Cicero's Time* (London: Oxford University Press, 1901), s. 244 vd.; Tahiroğlu - Erdoğan, *Roma Usul Hukuku*, s. 25-26; Buckland, *Elementary Principles of...*, s. 376-377; Özdemir, *a.g.m.*, s. 183-184; Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 304-305.

<sup>100</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s. 7-8; Özbek, *a.g.m.*, s.348-349.

<sup>101</sup> Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 299; Di Marzo, *a.g.e.*, s. 119-120; Tahiroğlu - Erdoğan, *Roma Usul Hukuku*, s. 27; Günal, *Roma Medeni Usûl...*, s. 32; James Muirhead, *Historical Introduction to...*, s. 325-326; Lee, *a.g.e.*, s. 441-442; Özdemir, *a.g.m.*, s. 196-197.

bulunmayan *exceptio*, davalıya tanınan yeni bir olanaktı. *Exceptio* ile, davalı davacının iddiasını kabul ediyordu ancak davalı, mahkûmiyeti önleyecek bir karşı iddia ileri sürüyordu. Şekil açısından incelediğimizde görülmektedir ki *exceptio, formula*'nın *intentio* kısmına eklenen şartlı bir cümleden oluşuyordu. *Exceptio*, genellikle “yeter ki”, “şu kadar var ki” gibi sözlerle başlamaktaydı. *Legis actio*'lar usulünde davalı için yalnızca inkâr ve kabul söz konusu olabiliyordu. *Praetor*'lar tarafından *Formula* usulünde davalıya tanınan bu koruma ile, *ius civile*'nin katılığı ve şekilciliği önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştı. *Exceptio*'nun esasından bahsetmek gerekirse, bununla, davacının iddiasını inkâr etmek değil, iddianın sonuçlarını ortadan kaldıran ayrı bir olay ileri sürülmektedir. Nitekim, *formula*'nın *intentio*'su doğru olsa bile, *exceptio*'nun dayanağı geçerli ise, hakimin söz konusu uyuşmazlıkta davalıyı mahkûm etmemesi gerekiyordu. *Exceptio*, Roma Usul Hukuku'nda önemli bir yenilik olarak nitelendirilmektedir. Şöyle ki; *praetor, exceptio* olanağı sağlamakla, hakkaniyet ve iyi niyetin hukukta gözetilmesi gereken kavramlar olarak kullanılmasını sağlamakla kalmamış ayrıca, *ius civile* tarafından tanınmış olan *lex plaetoria, senatus consultum macedonianum* vb. kanunların uygulanmalarına da yol açmıştır. *Exceptio* olanağından yararlanmak, davalının bu olanaktan yararlanabileceğini bilmesine ve yararlanmayı istemesine bağlıydı.<sup>102</sup>

*Apud iudicem* aşamasında (hakim önündeki aşama), anlaşmazlık karara bağlanırdı. Bu aşamada, tarafların iddialarını ispat yükümlülüğü vardı. *Apud iudicem* aşaması, *in iure* aşamasından daha basitti ve daha az şekilciydi. Bu aşamada davacı hazır bulunmalıydı, hazır bulunmazsa davayı kaybederdi ve aynı sebebe dayanarak davasını bir daha açma hakkından yoksun kalırdı. Yargıç, anlaşmazlığı *formula*'da saptanan esaslara ve şekle göre değerlendirmeliydi. Yargıcın *formula*'ya olan bağlılığı kimi zaman sakıncalar doğuruyordu.<sup>103</sup> Bu sakıncaları önlemek için, *formula*'ya “hüsnüniyet neyi gerektiriyorsa” kaydı eklenerek yargıca takdir yetkisi tanınıyordu.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 28 vd.; Greenidge, **a.g.e.**, s. 229; Günel, **Roma Medenî Usûl...**, s. 33-34.

<sup>103</sup> *Formula* siteminin yarattığı sakıncalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Greenidge, **a.g.e.**, s. 175 vd.

<sup>104</sup> Çelebicin, **Roma Hukuku**, s. 307-308; Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 32.

Tarafları dinleyen ve delilleri değerlendiren yargıç, *apud iudicem* aşamasının son bölümü olan karar (*sententia*)'ını verir; davalıyı mahkûm eder ya da beraat ettirirdi. Karar şekle bağlı bir işlem değildi. İlk zamanlar sözlü olarak bildirilen karar, sonraları, ispat kolaylığı açısından, yazılı olarak verilmeye başlandı.<sup>105</sup>

Hukukun gelişim sürecinde, hak aramanın ilk olarak ortaya çıkış şekli ve günümüz Medeni Usul Hukuku'nun temeli olan Roma Usul Hukuku'nun başlangıçtaki görünüşü yukarıdaki gibidir.

### 3.2. Sistem Dışı Yargılama (*Cognitio Extra Ordinem*)

Roma'da ve İtalya yarımadasında, İmparator *Augustus* zamanından itibaren, anlaşmazlıkların bir kısmı, Özel yargılama sisteminde uygulanan *Formula* usulü ile çözümlenirken, bir kısmının da “Sistem dışı yargılama” ile çözümlenmesine izin verilmişti. Başlangıçta Sistem dışı yargılama idari davalarda uygulanırken, daha sonra hukuk davalarında da uygulanır oldu.<sup>106</sup>

Sistem dışı yargılama, yeni bir usul değildi. Roma'da uygulanır hale gelmeden önce eyaletlerde uygulanıyordu. Sistem dışı yargılamanın, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanması ihtiyacı, gelişen sosyo ekonomik şartların yarattığı yeni ilişkilerden kaynaklanıyordu.<sup>107</sup> Sistem dışı yargılamada dava bir bütün olarak, yani tek aşamada devlet memuru statüsündeki<sup>108</sup> kişiler önünde görülüyordu.<sup>109</sup> İlk zamanlarda, kişilere, Özel yargılama sistemi ve Sistem dışı yargılamayı seçme konusunda seçim

<sup>105</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 441; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 130-131; Umur, **Roma Hukuku**, s. 597-598; Öztekin, **a.g.m.**, s. 358.

<sup>106</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 45 vd.; Ventura, **a.g.e.**, s. 236; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 312.

<sup>107</sup> Roma'da *ius civile*'nin gerektirdiği düzenlemede, avukatlık, doktorluk, öğretmenlik gibi faaliyetlerin ücret karşılığında görülmesi mümkün değildi. Bu durumda söz konusu ücretler ile ilgili anlaşmazlıkları çözecek yeni bir sistem gerekiyordu. Bunun yanında, toplumsal içerikli bazı anlaşmazlıklarda (nafaka, miras, vesayet vb. ile ilgili olanlar), hakim *formula*'ya bağlı tutulmaksızın daha geniş takdir yetkisine sahip olması gerektiği düşünülüyordu. İşte, Sistem dışı yargılama usulünün doğuş nedenleri altında bu gibi ihtiyaçlar vardı. Bu ihtiyaçlar, *Principatus* Dönemi boyunca artış göstermişti. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 46; Günel, **Roma Medenî Usûl...**, s. 35.

<sup>108</sup> Özel yargılama sistemindeki yargı fonksiyonunu tekellerinde bulduran *magistra* statüsündeki *praetor*'ların yerini, *principatus* döneminde, *princeps*'e bağlı devlet memuru statüsündeki hakimler almıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 312; Okandan, **a.g.e.**, s. 195.

<sup>109</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 457; Umur, **Roma Hukuku**, s. 611.

yapma olanağı tanınmıştı. IV. yy. ortalarında ise, *Formula* usulü tamamen kaldırıldı. Bunun nedeni *formula*'ların “zararlı kelime oyunları” olarak nitelendirilmeye başlanmasıydı.<sup>110</sup>

Sistem dışı yargılama, iddia sahibi kişinin dava açması ile başlıyordu. Artık davacı, davalıyı kendisi mahkeme önüne getirmiyordu, resmi çağrı usulü ile davalı mahkemeye çağrılıyordu. Davalının adresi bulunamıyorsa, bu çağrı, ilan suretiyle yapılıyordu. *Iustinianus* zamanında bu usul de değişti, davacının mahkemeye sunduğu dava dilekçesi ile birlikte bir çağrı yazısı gönderilmeye başlandı. Davacı, yargıca sunduğu “*libellus conventionis*” adlı dava dilekçesi niteliğindeki yazıda, dava etmek istediği kişiyi, iddialarını ve bunların hukuki dayanaklarını ve taleplerini ortaya koyuyordu. Bu dilekçede davacı, davayı izleyeceğini ve kaybederse dava giderlerini ödeyeceğini de belirtebiliyordu. Yargıç, eğer hukuka uygun bulursa, bu dilekçeyi, bir “çağrı yazısı” ile birlikte davalıya gönderip, ona kendisini savunması için mahkemeye gelmesi gerektiğini bildiriyordu. Böylelikle Sistem dışı yargılamada davanın başlangıcı aşaması gerçekleştirilmiş oluyordu.<sup>111</sup>

Davanın yürütülmesi sırasında şekil açısından belirtilmesi gereken nokta, Özel yargılama sisteminde özel önem taşıyan *litis contestatio* (davanın saptanması)'nın, artık bu sistemde önemini yitirmiş olmasıdır. Sistem dışı yargılamada, tarafların iddialarının dinlenmesinin sona erdiği an, Özel yargılama sistemindeki gibi *litis contestatio* olarak adlandırılıyordu. Ancak, Sistem dışı yargılamada davalar bakımından asıl önemli olan an, dava dilekçesiyle birlikte çağrı yazısının davalıya bildirildiği andır. Davanın saptanmasının eski önemini arz etmemesinin belki de en önemli sebebi, tarafların bu sistemde dava görülürken taleplerini, iddialarını, her zaman değiştirebilme olanağına sahip olmalarıydı. Özel yargılama sisteminde ise, davalının defilerinin dinlenebilmesi için bunları *litis contestatio*'dan önce ileri sürmüş ve *formula*'da saptanmalarını sağlamış olması gerekiyordu. Oysa Sistem dışı yargılamada, anlaşmazlık ve dava sonuçlanıncaya kadar aynı anlaşmazlık konusunda yeni dava açmak olanakları dahi

---

<sup>110</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 141; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 312; Öztekin, **a.g.m.**, s. 360.

<sup>111</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 316.

vardı. Yargıcın, *formula* gibi yazılı bir belge ile bağlı olmaksızın, davacının iddia konusunu dahi değiştirme olanağı vardı.<sup>112</sup>

Sistem dışı yargılamada, anlaşmazlığı çözmekle görevli devlet memurları, geniş takdir yetkisine kavuştular, nitekim eskisi gibi *formula*'lar ile bağlı değillerdi. Bunun anlamı, sıkı Şekil kurallarına olan bağlılığın sona ermesiydi. Bu usulün önemli özelliklerinden birisi, karara bir üst makamda itiraz etme hakkının taraflara tanınmış olmasıydı. Davacının istekleri yanında, davalının da bazı isteklerde bulunmasına olanak sağlanmıştı. Sistem dışı yargılamadaki dava sonucu, Özel yargılama sistemindekine oranla, davacıyı daha çok tatmin eder bir durum arz ediyordu çünkü artık bu yeni sistemle, mahkûmiyetin paraya ilişkin olması zorunluluğu kalkmıştı.<sup>113</sup>

Davalar eskisi gibi açık alanlarda (*forum*) değil, kapalı mekânlarda görülmeye başlandı. Davalı dava sırasında hazır bulunmazsa, davanın davalının yokluğunda görülebilmek olanağı vardı. Sistem dışı yargılamada da taraflar iddialarını ispat etmek zorundaydılar. Özel yargılama sisteminde özel yargıç, delillerin hangisine daha çok önem vereceğine kendisi karar verirdi, buna karşılık Sistem dışı yargılamada, yazılı Şeklin de gelişmiş olmasının etkisiyle, ispat gücü açasından, yazılı belgeler<sup>114</sup> tanıklardan daha önemliydi. Bir yazılı belgenin ispat gücünün kaldırılabilmesi için en az beş tanık gerekmektedir. Tanıklık zorunluydu ve kendilerine yemin ettiriliyordu. Yargıcın kararı (hüküm) açasından Sistem dışı yargılamayı değerlendirirsek; bu usulle yargıç, geniş takdir yetkisine sahip olarak, "hakkaniyet ölçüsünde" karar vermekle yükümlüydü. Bu sistemde davacı yerine davalının mahkûm ettirilmesi de mümkündü.<sup>115</sup> Sistem dışı yargılama bürokratik bir özellik taşıyordu. Usul, eskisi gibi tamamen sözlü değildi, örneğin; tarafların ve hakimin beyanı zapta geçirilmekteydi yani yazılı usul de gerekiyordu. Davanın görülmesi artık bir devlet hizmeti olarak görüldüğünden, eskisi

<sup>112</sup> Umur, **Roma Hukuku**, s. 621-622; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 317-318; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 144.

<sup>113</sup> Tahiroğlu - Erdoğmuş, **Roma Usul Hukuku**, s. 46.

<sup>114</sup> Devlet memurlarının görev sırasında düzenledikleri belgeler resmi senet sayılır ve kesin delil teşkil ederlerdi. Günümüzdeki noterlerin görevini yapan *tabelliones*'lerin düzenlediği belge (*tabellio*)'ler, tarafların iradelerine uygun hazırlandıkları yeminle teyit edilirse, kesin delil sayılırlardı. En az üç tanığın imzasını taşıyan bir adi senet ise, *tabellio*'ya eşdeğer sayılırdı. Bkz.: Günal, **Roma Medenî Usûl...**, s. 49-50; Öztekin, **a.g.m.**, s. 366.

<sup>115</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 145-146; Gürten, **a.g.e.**, s. 86; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 318-319; Öztekin, **a.g.m.**, s. 366-367.

gibi ücretsiz değildi, harç alınmaktaydı.<sup>116</sup> Sistem dışı yargılamada, mahkûmiyetin paraya ilişkin olması şart değildi yani herhangi bir şeye (ayni tazmin, anlaşmazlık konusu malın geri verilmesi, bir işin yapılması vb.) ilişkin olabilirdi. Yazılı olarak hazırlanan karar, herkese açık olarak, tarafların da hazır bulunduğu duruşmada yüksek sesle okunurdu ve kararın resmi olarak onaylanmış bir sureti (günümüz Usul Hukuku'ndaki ilâm gibi) taraflara verilir.<sup>117</sup>

Sistem dışı yargılamada yargıçlar, özel durumlarda, “imparatorun yazılı cevabı”, “kısa muhakeme usulü”, “dini yargılama yetkisi” gibi bazı istisnai usulleri uygulamakta serbesttiler. Bu serbestlik, artık eskisi gibi şekil kuraklarına sıkı sıkıya bağlı kalınmadığının da göstergesiydi. Söz konusu istisnai usullerden ilk ikisini şekil özellikleri bakımından değerlendirmek uygun olacaktır: “İmparatorluğun yazılı cevabı”, yargıcın uyuşmazlığı halledememesi durumunda, bunu imparatorluk mahkemesine sunması ile, imparatorun uyuşmazlığı halletmeyi kabul ederek davayı görmesi ve karara bağlaması sonucunda ortaya çıkardı. İmparatorun bu davalarda verdiği, *rescriptum* denen kararları artık birer hukuk kuralı niteliği kazanmaktaydı. Davaların çabuk sonuçlandırılmasını sağlamak için bazı anlaşmazlıkları konu alan davalarda, kanuni süreler ve diğer şekli işlemlerin ve zorunlulukların kaldırılması yoluna gidilmesiyle, “Kısa yargılama usulü” denen diğer bir özel yargılama usulü ortaya çıkmıştı. Bu usul, âdeta günümüz hukukundaki seri muhakeme usulüne benzetilmektedir.<sup>118</sup>

İlerleyen zaman içinde Romalılar, adaleti, dolayısıyla hukuka uygun olarak hakların gözetilmesi faaliyetini, merasimli şekilcilikten kurtarıp pratik yapıya kavuşturmakta büyük başarı göstermişlerdir. Roma Usul Hukuku'ndaki bu son gelişmeler, günümüz Usul Hukuku'na temel teşkil etmiştir.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Usul Hukuku**, s. 47; Lee, **a.g.e.**, s. 457.

<sup>117</sup> Buckland, **Elementary Principles of...**, s. 394; Umur, **Roma Hukuku**, s. 626-627.

<sup>118</sup> Umur, **Roma Hukuku**, s. 632-633.

<sup>119</sup> Ventura, **a.g.e.**, s. 236; Öztekin, **a.g.m.**, s. 338.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ROMA HUKUKU'NDA ŞEKLE BAĞLI OLARAK YAPILAN BAŞLICA İŞLEMLER

#### 1. EŞYA HUKUKU'NDA

Roma Hukuku'nda, mallar üzerindeki mülkiyet hakkı, şahıslar tarafından "mülkiyetin iktisabı yolları" denen hukuki işlemler (muameleler) sonucu kazanılırdı. Mülkiyet hakkı en geniş ayni haktı. Roma'da *Iustinianus* zamanına kadar çeşitli mülkiyet tipleri bulunmaktaydı. Menkul mallar üzerinde, ayrıca İtalya yarımadası üzerindeki araziler üzerinde, ya da eyaletlerde olup İtalya toprağı sayılan sınırları belli araziler üzerinde şahısların sahip oldukları mülkiyet hakkı, *ius civile* tarafından tanınmış olan "*dominium ex iure quiritium*" idi. Diğer mülkiyet tipleri olan "*in bonis rem habere (praetor mülkiyeti)*" ve "eyalet arazileri üzerindeki mülkiyet", *Iustinianus* zamanında *dominium ex iure quiritium* ile birleştirilmiş ve bir tek mülkiyet haline getirilmişti.<sup>120</sup> Roma Hukuku'nda bir kimseye mallar üzerinde mülkiyet hakkı, aslen ve devren olmak üzere iki şekilde sağlanırdı. Başka bir hak sahibi ile yapılmış bir hukuki ilişkiye dayanmadan, mal üzerinde doğrudan doğruya kurulan hakimiyet, mülkiyetin aslen iktisabı idi. Önceki malik ile kurulan ve iktisabı haklı kılan devir işlemi ile önceki malike ait olan mülkiyet hakkının elde edilmesi ise devren iktisaptı. Bu devir işlemi

---

<sup>120</sup> Aynı hakların önemi, hak sahibine, bir şey üzerinde doğrudan hakimiyet temin etmelerinde görülür. Bu hakimiyet; malı kullanma (*usus*), semerelerinden yararlanma (*fructus*), mal ile ilgili çeşitli, hukuki işlemler yapma (*abusus*) ve sahip olunan bu hakları herkese karşı ileri sürebilme yetkisini içerir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano* (Napoli: 1954), s. 179-180; Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (Oxford: Oxford Clarendon Press: 1969), s. 338-339; Koschaker, *a.g.e.*, s. 111-112; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku* (3. Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), s. 21-22; Umut, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 60-61.

sonucunda, mal üzerindeki irtifak, intifa, vb. haklar, ipotek gibi mükellefiyetler, ayrıca borçlar da yeni malike geçerdi.<sup>121</sup>

Roma Hukuku'nda aynı akitlerde borcun doğumu için karşılıklı rızanın bulunması (*consensus*) yeterli değildi. Karşılıklı rızanın bulunması şartı dışında, borçluya bir şey (*res*) verilmişse ancak o zaman borçlu iade ile yükümlüydü. *Res*, hem “şey, mal” hem de “eşyalar, mallar” anlamındaydı. Çağdaş hukukta, eşyalar esas olarak menkul ve gayrimenkul olarak ayrılırken, Roma'da ilk dönemlerde *res Mancipi*<sup>122</sup> ve *res nec Mancipi* diye ayrılıyordu. Klasik dönem boyunca Roma'da görülen *res Mancipi - res nec Mancipi* ayrımı, *Iustinianus* zamanında yerini tümüyle “taşınır mal - taşınmaz mal” ayrımına bırakmıştır.<sup>123</sup>

Klasik dönemde özellikle “*res Mancipi*” sayılan malların üzerinde aynı hak tesisi ve bu mallar üzerindeki mülkiyet hakkının devredilebilmesi için, özel törenleri gerektiren ve birtakım teferruatlardan oluşan, *Mancipatio* ve *in iure cessio* denen hukuki işlemler öngörülmüştü. Mülkiyetin iktisabı yollarından olan *Mancipatio* ve *in iure cessio*, şekle sıkı sıkıya bağlı olmaları dolayısıyla, zamanla Roma Hukuku'nda birer işlem olmaktan çok, birer şekil olarak anılır hale geldiler. Bazı yazarlar tarafından ifade edildiği üzere, özellikle *res Mancipi* mallarda şekilciliğin daha sıkı uygulanmış olmasının sebebi, en eski zamanlarda mülkiyete konu olabilecek malların yalnızca *res Mancipi* mallar olmasıdır.<sup>124</sup> *Res nec Mancipi* malların *ius civile* mülkiyetinin devri ise, hiçbir şekle bağlı olmayan *traditio* (teslim) işlemi ile mümkündür. Roma vatandaşlarıyla

<sup>121</sup> Ziya Umur, **Roma Eşya Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985), s. 41; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 141-142; Koschaker, **a.g.e.**, s. 133-134; Schulz, **a.g.e.**, s. 343.

<sup>122</sup> *Res Mancipi* sayılan mallar şunlardı; İtalya arazisi (*solum italicum*), İtalya arazisi üzerindeki arsalar, binalar, tarımsal ittifak hakları (*Servitutes Praediorum Rusticorum*), köleler (*servus*), yük ve çeki hayvanları. Bunların dışında kalan para dahil tüm mallar ise, *res nec Mancipi* mallardı. Bu ayrımın kriterin “ziraate elverişlilik, üretim ve hayat için önem arz etme” olduğu söylenebilir. *Res Mancipi*'ler daha kıymetliydi, hukuk düzenince daha fazla korunurlardı. *Res Mancipi*'ler ancak *Mancipatio* ve *in iure cessio* ile devredilebildiklerinden ve yalnızca Roma vatandaşları bu işlemleri yapabilme yetkisine sahip olduklarından, söz konusu önem arz eden malların yabancılar tarafından devralınmasının önüne geçilmiş oluyordu. Zaman içinde eyaletlerdeki arazi ve binaların kıymetleri arttıkça, bunların *res nec Mancipi* olması anlamsızlaştı ve nihayet *Iustinianus*'un emriyle bu ayrım ortadan kalktı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 45-46; Belgin Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku** (Üçüncü basım. İstanbul: Der Yayınları, 2006), s. 6-7; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları** (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999), s. 407-408.

<sup>123</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 46-47.

<sup>124</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 346; Kaser, **Roman Private Law**, s. 36; Umur, **Ders Notları**, s. 408; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 45-46.



yabancılar arasında yapılan hukuki işlemler söz konusu olduğunda, her türlü malın mülkiyetinin devri de *traditio* ile sağlanmaktaydı. *Traditio*, günlük yaşamda sıkça başvurulan bir devir işlemiydi. Ancak Roma vatandaşları, kendi aralarında *res mancipi* bir malı *traditio* ile devrederlerse, bu durumda *ius civile* mülkiyeti karşı tarafa geçmez, yalnızca *praetor* mülkiyeti geçerdi.<sup>125</sup>

Aşağıda, şekle bağlı devir işlemleri olan *mancipatio* ve *in iure cessio* işlemleri incelenecek, *traditio* işlemi ise şekle bağlı bir işlem olmadığından incelememiz kapsamı dışında kalacaktır.

### 1.1. *Mancipatio*

Anlam bakımından incelediğimizde, *mancipatio* kelimesinin “*manus* (el)” ve “*capere* (kavramak)” kelimelerinden oluştuğunu görürüz. O halde *mancipatio*, el ile kavrayarak bir malın mülkiyetini iktisap etmeyi ifade ediyordu. Roma Hukuku’nda *mancipatio*, yukarıda da belirtildiği gibi, yalnızca *res mancipi*’lerin mülkiyetinin devrinde kullanılan bir işlemdi. Roma Hukuku’nda bu işlemin neredeyse dört yüzyıldan uzun bir süre kullanıldığı kaynaklardan anlaşılmaktadır.<sup>126</sup>

#### 1.1.1. *Mancipatio*’nun Yapılış Şekli

*Mancipatio* çok şekilci bir işlemdi. Eski *Ius Civile* tarafından saptanmış kurallara tâbiydi. Yalnızca Roma yurttaşlarına ve Romalılarla ticaret hakkına (*ius commercie*) sahip Latinler tarafından yapılabilen *mancipatio*’yu ayrıca, *manus*’la evlenseler bile kadınlar gibi hür kimseler ve başkasının hakimiyetine tâbi 14 yaşına

---

<sup>125</sup> *Traditio*, Roma Hukukunda Klasik Öncesi Dönemde ve Klasik Dönemde, şekilsiz bir mülkiyeti devir işlemini ifade eden teknik bir terim olarak da kullanılmaktaydı. *Traditio*, birincisi, “bir fiil olarak zilyetliğin devri”, ikincisi ise “hukuki bir işlem olarak mülkiyetin devri” olmak üzere iki olguyu işaret etmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Arzu Oğuz, “Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*’nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)”, *A.Ü.H.F.D.*, Cilt 47, Sayı 1-4: 49-84, (1998), s. 50-51; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 63-64.

<sup>126</sup> C. Brezzo, *La Mancipatio* (Roma:1972), s. 7 vd.; Pugliese, *a.g.e.*, s. 332; A. Nadi Günel, *Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı İle Mülkiyeti İktisabı (Usucapio)* (Yayınlanmış Doçentlik Tezi, Ankara: 1999), s. 19-20; Schulz, *a.g.e.*, s. 344.

kadar olan erkek çocuklar vasilerinin izni ile yapabiliyorlardı.<sup>127</sup> Öyle anlaşılıyor ki, *mancipatio*'nun merasiminde yer alan herkes Roma vatandaşı olmalıydı.<sup>128</sup>

*Ius Civile* işlemi olan *mancipatio*, şart ve vadeye bağlanamazdı. Hayali bir işlemdi<sup>129</sup>, bunun sonucu olarak da, mülkiyeti devredilecek *res mancipi* malın zilyetliğinin fiilen karşı tarafa geçirilmesi gerekmezdi. İlk zamanlarda sebepli (*iusta causa*) bir işlem olan *mancipatio*, yabancılarla gelişen hukuki ilişkiler sonucu doğan alım-satım akdi ile sebepten yoksun bir yapıya kavuşmuştu.<sup>130</sup>

*Mancipatio* merasiminde, mülkiyeti devralacak ve devredecek kişilerle, devir konusu mal bir araya getiriliyordu. Devir konusu mal taşınır bir malsa, bu mal olduğu gibi hazır bulunduruluyor, şayet devredilecek mal taşınmaz bir malsa, bu mala ait temsili bir parça merasimde hazır bulunduruluyordu.<sup>131</sup>

*Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde, *mancipatio* merasimi de anlatılmaktadır:

***Gaius, Inst. 1.119:*** "*Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio: quod et ipsum ius proprium ciuium romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitibus non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQVE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.*"

***Gaius, Inst. 1.119:*** "*Mancipatio*, önceden de bahsedildiği gibi, bir çeşit hayali satıştır ve aynı zamanda *mancipatio*, Roma vatandaşlarına özgü olan *ius civile*'nin bir parçasıdır. Şu şekilde oluşur: Tanık olarak 5 kişiden az olmayacak sayıda baliğ Roma vatandaşı ve terazi memuru

<sup>127</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 171; Koschaker, **a.g.e.**, s. 133; MacCormack, **a.g.m.**, s. 442.

<sup>128</sup> Barry Nicholas, **An Introduction to Roman Law** (Oxford: Oxford University Press, 1975), s. 63.

<sup>129</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 344.

<sup>130</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 137-138.

<sup>131</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 345; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 169; Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 68.

denen, bronz teraziye taşıyacak tanıklarla aynı statüde olan baliğ Roma vatandaşı hazır bulundurulacak. Malın mülkiyetini devralmak isteyen kişi söz konusu malı eliyle kavrayarak, "Bu malın *Quirites* hukukuna göre bana ait olduğunu ve bu bronz külçe ve bronz terazi ile bana satılmış bulunduğunu beyan ederim" derdi. Bundan sonra, teraziye bronz külçe ile vurarak, bronz külçeyi malın ücreti olarak mülkiyeti devredene verirdi."<sup>132</sup>

*Mancipatio*'nun terazi memuru (*libripens*)<sup>133</sup>, terazi, bronz ya da bakır külçesi (*aes*) gibi unsurları o zamanlardaki alım-satım hakkında bizi fikir sahibi yapar.<sup>134</sup> Öyle anlaşılıyor ki, o zamanlardaki, *tartılmış külçe bakır (aes rude)*<sup>135</sup>, günümüzdeki paranın yerini tutuyordu. Alım-satım peşin yapılıyordu.<sup>136</sup>

Klasik Dönemde *mancipatio*, hayali (*imaginaria venditio*) bir satış haline geldi.<sup>137</sup> Bunun sebebi ise, basılmış paranın (sikke) kabulüdür. Böylece artık madenin tartılmasına gerek kalmadan malın bedeli, sembolik olarak sikke (*sestertius*) ile, işlem dışında ödenebiliyordu. *Mancipatio*, mülkiyeti devreden, sebepten yoksun hayali bir satış haline gelince, bağlı olduğu alım-satımın hukuki sebeplerinden ayrılarak, mülkiyetin devriyle ilgili birçok işlemde kullanılır oldu. Dolayısıyla artık alım-satım akdi ve *mancipatio* birbirinden ayrılmış, alım-satım akdi ise artık şekle bağlı olmadan yapılmaya başlanmıştı. *Mancipatio*'nun hayali bir satış haline gelmesiyle, önceden *mancipatio*'nun alım-satım ile ilgisi olduğunu ancak peşin bir alım-satım söz konusu olmadığını savunan Koschaker, böylelikle artık, alım-satım akdi dışındaki mülkiyeti devir işlemlerinde *mancipatio*'nun kullanılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir.<sup>138</sup>

<sup>132</sup> Gordon-Robinson, **The Institutes of Gaius**, s. 31-32.

<sup>133</sup> *Libripens*, elinde teraziye tutan baliğ Roma vatandaşı idi. Muhtemelen, tarafsız ve konusunda uzman olan bu kişiye "terazi memuru" denirdi: Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaser, **Roman Private Law**, s. 36.

<sup>134</sup> Brezzo, **a.g.e.**, s. 26; Pugliese, **a.g.e.**, s. 330; Gordon E. Phillipson, "Development of The Roman Law of Debt Security", **Stanford Law Review**, Vol.20, No 6: 1230-1248, (June 1968), s. 1230; Voci, **a.g.e.**, s. 249; Alan Watson, **Spirit of Roman Law** (Athens: University of Georgia Press, 1995), s. 16.

<sup>135</sup> Bakır külçe (*aes rude*)'nin ağırlığına göre değeri belirleniyordu: Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaser, **Roman Private Law**, s. 36.

<sup>136</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 276; Nicholas, **a.g.e.**, s. 63; Kaser, **Roman Private Law**, s. 102.

<sup>137</sup> Pugliese, **a.g.e.**, s. 332; Richard Honig, **Roma Hukuku Dersleri**. Çev.: Şemseddin Talip (İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935), s. 194; Koschaker, **a.g.e.**, s. 135; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 60.

<sup>138</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 134-135; Çelebicin, **Roma Eşya Hukuku**, s. 170-171.

### 1.1.2. *Mancipatio*'nun Kullanım Alanları

Roma Hukuku'nun en eski devirlerinde aleni bir törenle yapılan alım-satım işlemi olan *mancipatio*, kendine özgü şekli dolayısıyla, insanlar ve eşyalar üzerinde uygulanabiliyordu.<sup>139</sup> En eski peşin satış şekli olarak bilinen *mancipatio* zamanla, hayali satış haline gelince ve sebepten yoksun olunca, artık mülkiyetin devri dışında, başka amaçlar için de kullanılır olduğunu yukarıda belirtmiştik.<sup>140</sup> *Mancipatio* artık, *res mancipi*'lerin karşılıksız temliki ile ilgili olarak; kredili alım-satım, bağışlama, *dos* verme, malların garanti (*fiducia*) olarak verilmesi vb. işlemlerde kullanılmaya başlanmıştı. Ayrıca *mancipatio* bir şekil olarak; köy irtifakları tesisinde, borçların teminatında (*fiducia, nexum* vb.), kadın üzerinde *manus* kurulmasında (*coemptio*), baba hakimiyetinden vazgeçmede (*emancipatio*), borç ilişkisinin sona erdirilmesinde (*solutio per aes et libram*), ölüme bağlı tasarruflarda (*mancipatio familiae*), azat etme işleminde, en eski devirlerde ise karz akdinde kullanılıyordu.<sup>141</sup> *Mancipatio* ile yapılan karz akdi sonraki dönemde ortadan kalkmış, onun yerini şekle bağlı olmayan aynı akit almıştı.<sup>142</sup>

### 1.1.3. *Mancipatio*'da Teminat (*Auctoritas*)

Malın *mancipatio* işlemiyle devrinde, malın teminatı da malı devreden malik (*auctor*) tarafından sağlanırdı, bu teminata “*auctoritas*” denirdi. Taraflar aralarında anlaşarak *auctoritas* denen bu tabii teminatı bertaraf edemezlerdi.<sup>143</sup> Devredilen malın kendisine ait olduğunu iddia eden herhangi bir üçüncü kimse ortaya çıkarsa ve bu sebeple dava açarsa, malı devretmiş kişi (*auctor*), bu dava sırasında, malı kendisinden devralan kişiye bu teminat çerçevesinde yardım etmeliydi, onu savunmalıydı. Eğer *auctor*, dava sırasındaki bu yardım etme mükellefiyetinden kaçınırsa (*auctoritatem defugere*), ya da *auctor*'un savunmasına rağmen dava kaybedilir ve mal üçüncü şahıs tarafından zapt edilirse (*evictio*), dolayısıyla mal müktesebin zilyetliğinden çıkarsa,

<sup>139</sup> Honig, *a.g.e.*, s. 56.

<sup>140</sup> Kaser, *Roman Private Law*, s. 102; Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 170; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 60.

<sup>141</sup> Umur, *Roma Eşya Hukuku*, s. 70; Günel, *Ufucapio*, s. 21; Schulz, *a.g.e.*, s. 345.

<sup>142</sup> Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, s. 170.

<sup>143</sup> Alan Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic* (Oxford: 1968), s. 16.; Brezzo, *a.g.e.*, s. 98-99.

mülkiyeti devreden *auctor*, devralana malın değerinin iki mislini ödemek zorundaydı.<sup>144</sup> Söz konusu teminatın (*auctoritas*) doğurduğu mükellefiyetleri koruyan dava, *actio auctoritatis* idi. Satıcının malın iki mislini ödeme zorunluluğunun doğması için, semenin alıcı tarafından satıcıya ödenmiş olması gerekirdi. Roma Hukuku'ndaki bu düzenleme, günümüz hukukuna “zapta karşı tekeffül” olarak intikal etmiştir.<sup>145</sup>

Roma Hukuku'nda, *mancipatio*'nun şekli zorunlulukları arasında yer aldığı üzere, ispat vasıtası olarak, *mancipatio*'nun yapıldığına ilişkin yazılı belge düzenlenmekteydi. Doğu eyaletlerinde ise bu yazılı belgeler daha önceleri kullanılmaya başlanmıştı ve mülkiyetin devrinin ispatlanması amacıyla değil, geçerliliğinin sağlanması amacıyla düzenleniyorlardı.<sup>146</sup>

#### 1.1.4. *Mancipatio* Vasiyetnamesi

*Mancipatio*'nun kullanıldığı bir başka yer de vasiyetname ler idi. Buna "*mancipatio* vasiyetnamesi (*testamentum per aes et libram*)" denirdi. Burada *mancipatio* vasiyetnamesi, *mancipatio*'nun önemli bir kullanım alanı olması nedeniyle ayrı olarak incelenmeye değer bulunmuştur. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde (5.2.2.3.'te), *mancipatio* vasiyetnamesi yeniden, Roma Miras Hukuku'nda şekil konusu bakımından incelenecektir.

Murisin, hastalığı sebebiyle *comitium*'ların (halk meclislerinin) toplanmasını bekleyemeyeceği hallerde başvurulabilen *mancipatio* vasiyetnamesi özel bir vasiyetti. Buna “terazi ve maden ile yapılan vasiyetname (*testamentum per aes et libram*)” de denirdi. Tanıklar yalnızca *mancipatio* vasiyetnamesinde yer alırdı.<sup>147</sup> *Mancipatio* vasiyetnamesinin yapılışı, *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde de yer aldığı üzere şu şekildeydi:

<sup>144</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 171; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 61.

<sup>145</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 277; Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 69; Kaser, **Roman Private Law**, s. 37.

<sup>146</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 172; Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 71.

<sup>147</sup> Honig, **a.g.e.**, s. 229-230; Alan Watson, “Illogicality and Roman Law”, **Israel Law Review**, Vol.7, No 14: 14-24, (1972), s. 15.

**Gaius, Inst. 2.104:** “*Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, v testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAMQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM | FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVPLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde acre percutit libram idque acs dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*”

**Gaius., Inst. 2.104:** “İşlem şu şekildeydi: Diğer *mancipatio*’lardaki gibi vasiyeti yapan kişi (*testator*), beş adet baliğ Roma vatandaşını tanık olarak ve diğer bir baliğ Roma vatandaşını terazi memuru (*libripens*) olarak bir araya getirir, aile mamelekini güvendiği bir kimseye (*familiae emptor*’a) hayali bir semen karşılığında *mancipatio* ile inançlı olarak devrederdi. Vasiyeti yapan kişi (*testator*) bu merasimle ayrıca, *familiae emptor*’a, kendi ölümünden sonra bu mameleki mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağı konusunda bilgi ve emir verirdi. *Familiae emptor*, bunun üzerine şöyle derdi: ‘Murisin tüm mamelekinin, talimatı dahilinde artık benim yönetimimde olduğunu beyan ederim, bunların tümünü elimdeki madenle alıyorum ki hukuken geçerli bir vasiyetname gerçekleşsin’. Bundan sonra, teraziye maden ile dokunur ve adeta ücretmiş gibi madeni *testator*’a (murise) verirdi. Sonra muris, elinde vasiyetle ‘Siz Romalılar şahidimdir ki, balmumu tabletlerde yazdığı üzere böylece vasiyet ederim, naklederim ve bildiririm ki işte bu mallardır’ derdi. Buna, ‘bildiri’ denirdi. Bildirinin

anlamı, alenen ilan etmekte ve bununla, murisin vasiyetnamesinde ayrıntılı olarak yazmış olduklarını genel bir ifade ile açıkça belirttiği ve tasdik ettiğine inanılırdı.”<sup>148</sup>

Diğer *mancipatio*'lara nazaran *mancipatio vasiyetnamesi* daha esnek kurallarla oluşturulurdu. *Familiae emptor*'a *mancipatio* ile yalnızca mamelekin yönetimi temlik edilirdi. Feragatta bulunan taraf yani *testator*, yaşadığı süre boyunca vasiyet konusu mamelekinin dilediği gibi kullanma ve elden çıkarma hakkını kaybetmiş olmazdı.<sup>149</sup> Değişik bir *mancipatio* idi, vasiyetname feshedilebilir nitelikteydi, yenisi yapılabilirdi. *Testator*, feragat eden taraf olarak, diğer *mancipatio* türlerindeki gibi pasif bir rol üstlenmesi gerekirken, burada oldukça aktifti. Şöyle ki, vasiyetnamesini teyit ederken, tanıkları sözlü olarak, bizzat kendisine tanıklık yapmaya davet ederdi. *Mancipatio vasiyetnamesi* ile esas amaçlanan, vasiyette bulunmaktan çok, vasiyette bulunulacakken herhangi bir engelle karşılaşılabileceği önceden sezildiği durumlarda, buna karşı, söz konusu *mancipatio* yöntemiyle önlem almaktı.<sup>150</sup>

*Mancipatio* vasiyetnamesine ölüme yakın olunan hallerde mecburen başvuruluyordu, *familiae emptor* vasiyetname ile zilyetliği devralıyordu. *Mancipatio* vasiyetnamesi önceleri, mirasçı atamayı içermeyen, sağlararası yapılan ve cayılamayan bir işlemdi. Daha sonraları, *familiae emptor* görevini yapanların güvenilirliği yok olmaya başlayınca, bunlar memur olmaktan çıktı, böylelikle *mancipatio* vasiyetnamesi ölüme bağlı ve tek taraflı bir tasarruf haline geldi. *Familiae emptor*, önceleri söz konusu işlemde taraftı. Ancak zaman içinde, taraf olmaktan çıktı ve tanık konumuna geldi. Bunun üzerine taraf eksikliği doğdu. Bu boşluk, *comitia* önünde mirasçı atanmasıyla dolduruldu. Artık atanan mirasçı önemli bir göreve sahipti, *testator*'un emirlerini, isteklerini yerine getirmeliydi.<sup>151</sup>

*Praetor*'ların faaliyetleri sonucu, şekilcilikten uzaklaşmaya başlayan Roma Hukuku'nun etkisiyle, *mancipatio* yoluna daha az başvurulur oldu, başvuru bile şekil kurallarına tam anlamıyla uyulmuyordu. Şekilden çok, tarafların beyanları önem

<sup>148</sup> Gordon - Robinson, **The Institutes of Gaius**, s. 77-78.

<sup>149</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 38.

<sup>150</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 254.

<sup>151</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 363-364.

taşımaya başladı. Bunun üzerine *praetor*, *mancipatio* yerine tanıkların, murisin ve *familiae emptor*'un mührünü taşıyan bal mumundan yapılmış tabletler formunda olan, vesikalarla yapılan vasiyetnameleri geçerli saydığını ilan etti. Balmumu vesikaların yerini parşömen ve papirüsler almaya başlayınca, tanıkların mühürleri, vesikaların tamlığını garanti etmede yetersiz kaldı. Mühürlerin yerini, papirüslere yazılan dökümanların altında yer alan ve bugünkü “imza”ya kaynaklık teşkil eden “*subscriptio*”lar aldı.<sup>152</sup>

## 1.2. *In Iure Cessio* (Magistra Önünde Terk)

Roma Hukuku'nda, *res Mancipi* malların mülkiyetinin devri için başvurulabilen ikinci bir hukuki işlem türü, “*magistra* önünde terk” olarak da adlandırılan, iki taraflı ve hayali bir devir işlemi olan “*in iure cessio*” idi. *In iure cessio*, mülkiyetin *ius civile*'ye göre iktisap edilebilmesi sonucunu doğururdu. *In iure cessio*'nun, *mancipatio*'dan en önemli farkı, *res nec Mancipi*'lerin devrinin *in iure cesio* ile mümkün olmasıydı.<sup>153</sup>

### 1.2.1. *In Iure Cessio*'nun Yapılış Şekli

*In iure cessio*, mülkiyeti iktisap eden ile devreden arasında *legis actio* şeklinde *praetor* önünde yapılan ve istihkak iddiasına (*vindicatio*) dayanan, hayali bir dava tarzındaki devir şeklidir. *In iure cessio* işlemi, *mancipatio*'ya nazaran devletin adli yardımı görülmektedir, dolayısıyla, *mancipatio*'dan daha yeni bir işlemidir. Devir edenin pasif durumda olması, artık devredilen mal ile devir edenin bir ilişkisi kalmadığını gösterir. Taraflarca yapılan bir alış-veriş değil, iktisap edenin devir konusu malı alması ve devir edenin bu maldan vazgeçmesi söz konusudur, durum böyle olunca da ortada bir akit olduğu söylenemez.<sup>154</sup>

*In iure cessio*, *ius civile* tarafından sıkı şekil kurallarına bağlanmış olan en eski devir işlemlerindendir. *In iure cessio*, başkasının hakimiyetine tâbi olan hür insanlarca

<sup>152</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 255 vd.; Celia Wasserstein, “Form and Formalism: A Case Study”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 31, No :627-650, (1983), s. 642-643.

<sup>153</sup> Günal, **Usucapio**, s. 22-23; Umur, **Ders Notları**, s. 442.

<sup>154</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 137 vd.; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 278 vd.; Kaser, **Roman Private Law**, s. 39; Phillipson, **a.g.m.**, s. 1230-1231; Watson, **Spirit of Roman...**, s. 16-17.



da kullanılırdı. Mülkiyeti devredecek ve devralacak kimseler bir araya gelip, taşınır mal ise malın tamamını, taşınmaz mal ise temsili bir parçayı alıp, Roma'da *praetor*, eyaletlerde *magistra* önüne giderlerdi. Aşağıda da bahsedeceğimiz gibi *in iure cessio* üç kişi tarafından yapılırdı. Malik mülkiyeti terk ediyordu (*cessio*), davacı ise terk edilen mülkiyeti ele geçiriyordu (*vindicatio*) ve bu devir işlemini *magistra* ilan ediyordu (*addictio*).<sup>155</sup> *Magistra* önündeki bu tören, yargılamadan ziyade devir işlemiydi.<sup>156</sup> *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde bu merasime de yer verilmiştir:

***Gaius, Inst. 2.24:*** *"In iure cessio autem noe modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenen,s' ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit pkaetor interrogat eum, quim cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicaurit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur, hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum"*.

***Gaius, Inst. 2.24:*** "Yargı makamı önündeki tahsis işlemi şu şekilde oluyordu: Malın mülkiyetini nakledecek olanla mülkiyeti iktisap edecek olan kimse şehir *praetor*'u [eyaletlerde ise oralarda görevli *praetor*'lar] gibi bir *magistra*'nın önüne giderlerdi. Malı iktisap edecek olan mala dokunur ve "*Quirites* hukukuna göre bu malın bana ait olduğunu beyan ederim" derdi. Sonra *magistra*, malı nakledecek olana teyit amacıyla sorardı, o da iddia karşısında susarak ya da malın artık kendisine ait olmadığını söyleyerek itiraz etmezse, *magistra* artık malı davacı sıfatlı kimseye verirdi ve onu malik ilan ederdi (*addictio*). Diğer taraf ise mülkiyeti kaybetmiş olurdu. Bu merasim dava olarak adlandırılırdı. Anlatılan şekilde eyaletlerde de *magistra*'lar önünde temlik yapılmaktaydı".<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 348; Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 71 vd.

<sup>156</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 63; Pugliese, **a.g.e.**, s. 333.

<sup>157</sup> Gordon - Robinson, **a.g.e.**, s. 58-59.

Sebepten yoksun bir hukuki işlem olan *in iure cessio*'da mülkiyeti devir konusu olan malın fiilen zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesi gerekmezdi, yani, hayali bir devir işlemiydi.<sup>158</sup> Ancak *ius civile* mülkiyeti bu şekilde devir konusu olabilirdi. Mülkiyeti devredecek kişi gerçek malik olmalıydı. İşlem şart ve vadeye bağlanamazdı.<sup>159</sup>

### 1.2.2. *In Iure Cessio*'nun Kullanıldığı Alanlar

*In iure cessio*, intifa ve irtifak haklarının tesisinde, müşterek mülkiyetin tesisinde, baba egemenliğinin devrinde, *mancipatio* ile yapılmayacak olan değnekle azat etme işleminde, evlat edinme işleminde ve vasiyetin *magistra* önünde terk edilmesinde kullanılıyordu.<sup>160</sup>

*Magistra* önüne gidilmesi zorunluluğu sebebiyle önce *res mancipi*'lerin bu şekilde devrinden vazgeçilmeye başlandı, sonra *res nec mancipi*'lerin devrinden vazgeçildi. *In iure cessio*, Klasik Dönemde oldukça az kullanılmaya başlandı, *mancipatio*'dan daha önce kullanım dışı kaldı.<sup>161</sup> Klasik Sonrası dönemde, özellikle III. yüzyılın sonundan itibaren kullanılmaz oldu. Roma Hukuku kaynaklarından edinilen bilgiye göre, hukuki bir işlem olarak *in iure cessio*'ya en son, *Diocletianus*'un M.S. 293 tarihli emirnamesinde rastlanmaktadır.<sup>162</sup>

Mülkiyetin devri söz konusu olduğunda, *magistra* önünde yapılan *in iure cessio*'dan ziyade, *magistra* önünde yapılma zorunluluğu olmadan nerede olursa olsun, tanık vasfı taşıyan komşular ya da akrabalar huzurunda yapılabilen *mancipatio* işlemine, pratik olması sebebiyle tercihen başvuruluyordu.<sup>163</sup>

*Mancipatio* ve *in iure cessio* yoluyla, *praetor* önünde yapılan işlemlerde de, resmi sözcüklerin kullanılması konusunda ısrarlılık gözleniyordu. Kişinin yalnızca

---

<sup>158</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 348; Pugliese, **a.g.e.**, s. 333; Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 172; Erdoğmuş, **a.g.e.**, s. 63.

<sup>159</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 173.

<sup>160</sup> Umur, **Roma Eşya Hukuku**, s. 71; Pugliese, **a.g.e.**, s. 333; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 278; Kaser, **Roman Private Law**, s. 39.

<sup>161</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 279.

<sup>162</sup> Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**, s. 173; Kaser, **Roman Private Law**, s. 39.

<sup>163</sup> Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 105.

iddiasını beyan etmesi yeterli olmuyor, esas amaç olan şekle bağlılığın ön plana çıkması için, iddia sırasında mutlaka resmi sözcükler kullanılıyordu.<sup>164</sup>

Görüldüğü üzere, bu işlemlerde şekil unsuru, tarafların beyanlarından da ön planda yer almaktadır. Öyle ise, bu işlemlerde pratik bir amaç olmadığı söylenebilir.

## 2. BORÇLAR HUKUKU'NDA

Roma Hukuku'nda akitler (*contractus*), tarafların iradelerin uyuşmasıyla aralarında meydana gelen anlaşmalardır. Akitler, borç ilişkisi meydana getiren ilişkilere dir. Roma Borçlar Hukuku'nda bulunan akitler sisteminde, hukuki korumadan yararlanabilen sınırlı sayıda (*numerus clausus*), belli akit tiplerinin var olduğunu biliyoruz. Akitler, borç kaynaklarının en önemlisi idi. Günümüz hukukunda, akit ve sözleşme deyimleri birlikte kullanılmaktadır. Romalılar *contractus* deyimini, yalnız *ius civile* tarafından borç doğurucu akit olarak tanınmış olan anlaşmalar için kullanıyorlardı. *Ius civile* tarafından tanınmamış olan diğer anlaşmalar için, "*pactum*" deyimini kullanıyorlardı. *Pactum*'lar *ius civile*'ye göre borç doğurmayan anlaşmalardı (*ex nuda pacta actio non nascitur*). *Pactum*'lar, *praetor* hukuku ya da imparator hukuku tarafından tanınmış olduğu için ancak bunlara göre borç doğuran, şekle bağlı olmayan anlaşmalardı. *Contractus*, *ius civile* tarafından tanınan bir *actio* ile takip edilebilirdi. *Ius civile* tarafından tanınan bir *actio* ile takip edilmeyen diğer bütün anlaşmalar ise *pactum* idi.<sup>165</sup> *Pactum*'lar daha sonraki devirlerde *praetor*'lar ya da imparatorlar tarafından koruma altına alınmıştı.<sup>166</sup>

<sup>164</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 64.

<sup>165</sup> Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001), s. 59-60; Schulz, **a.g.e.**, s. 470.

<sup>166</sup> Örneğin alacaklı, alacağından vazgeçeceğine ilişkin borçlusu ile şekilsiz bir anlaşma yani *pactum* yapmış olabilirdi. Ancak alacaklı, bu anlaşmaya karşın, alacağını istemek için sonradan bir dava açmak isteyebilirdi. Böyle bir durumda *praetor* davalıya, "*exceptio pacti conventi* (bir anlaşmanın yapıldığı def'i)" olanağını, kanunlara aykırı olmamak ve taraflardan birini aldatmamak şartı ile tanıyabilirdi. Bu def'i hakkı ile davalı, mahkûmiyetten kurtulabilirdi. Diğer bir gelişme ise, daha sonraki zamanda *praetor*'ların, doğrudan doğruya *actio*'lar tanıyarak bazı *pactum*'ları koruma altına almalarıydı. Bu gelişme, belli *pactum*'ların içeriklerinin dava ile takip edileceğinin imparator emirnameleriyle kabul edilmesi yoluyla, *Iustinianus* dönemine kadar sürdü. Zaman içinde, *pactum*'lar ile *contractus*'lar arasında dava ile takip edilebilme bakımından fark kalmadı. Şekle bağlı olmamak dışında belli bir özelliğe sahip olmayan *pactum*'ların kullanıma girmesiyle, rızai akitlerin uygulama alanı genişlemişti. Bu genişleme üç aşamada olmuştu; *ius civile*'nin bazı ek anlaşmaları tanıması, *praetor*'ların bazı *pactum*'ları koruma altına alması,

Günümüz hukuk sisteminde, irade serbestisi ilkesinin akitlere yansımalarıyla, akit serbestisi (sözleşme özgürlüğü) ilkesi hakimdir. Bu ilkeye göre, hukukun emredici kurallarına, genel ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla, genel olarak tarafların rızalarının uyuşması, akitlerin kurulması için yeterlidir. Günümüz hukuk sisteminde, istisnai olarak, rızanın belli şekillerde beyan edilmesinin arandığı durumlar da vardır ve bunların sayısı az değildir. Akit serbestisi ilkesi gereğince, kişiler hukuki ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyebilirler. Nitekim, kişiler istedikleri kişilerle, istedikleri zamanda, istedikleri şekilde, istedikleri türden, istedikleri koşullarla akit yapma, bazen de yapmama konusunda özgürdürler.<sup>167</sup> Bunun tersine, Roma Hukuku'nda yalnızca belli akit tiplerinin tanınmış olması ve ayrıca *ius civile*'nin sıkı şekilci anlayışı, tarafların rızalarının uyuşmasını, borç doğabilmesi ve akit oluşturulabilmesi için tek başına yeterli saymamıştır.

Roma Borçlar Hukuku'nda akitler, *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde (*Gai. Inst. 3.38*) ve *Iustinianus*'un *Institutiones* adlı eserinde (*Ius. Ins. 3.13.2*) de belirtildiği üzere, dört gruba ayrılıyordu. Bunlar; ayni akitler, rızai akitler, sözlü akitler ve yazılı akitlerdi.<sup>168</sup> Ayni akitler (*re contrahitur*) ve rızai akitler (*consensu contrahitur*) için belli bir şekil aranmıyordu. Ayni akitlerin kurulabilmesi için, “*consensus + res*” formülü geçerliydi yani tarafların rızalarının uyuşması (*consensus*) yanında, bir şeyin (*res*) karşı tarafa (borçluya) verilmesi şartı söz konusuydu.<sup>169</sup> Rızai akitlerin kurulabilmesi için ise

---

İmparatorluk döneminde bazı *pactum*'ların akitlerle aynı konuma getirilmesi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rado, **a.g.e.**, s. 164-165; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku** (İstanbul: Der Yayınları, 2000), s. 211-212.

<sup>167</sup>Von Tuhr, **a.g.e.**, s. 229; Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), s. 53-54; Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 113-114.

<sup>168</sup>Rado, **a.g.e.**, s. 61; Schulz, **a.g.e.**, s. 468-469; Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 104-105.

<sup>169</sup> Ayni akitlerin en eskisi, Klasik devirde ödünç akdi ya da karz akdi olarak bilinen *mutuum* idi. Zaman içinde, ariyet akdi (*commodatum*), vedia akdi (*depositum*) ve rehin akdi (*pignus*), ayni akitlerin kapsamına girdi. Sonraları, isimsiz akitler (*contractus innominati*) de bu alana dahil oldu. Bu akitler için, şekle bağlılık aranmıyordu. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerektiği üzere, ayni akitler kapsamındaki rehin akdi (*pignus*) kullanıma girmeden önce, alacaklıya ayni teminat sağlamak için “*fiducia* (inançlı akit)” kullanılırdı. *Fiducia* akdi, teminat sağlama amaçlı kullanımı dışında bazen ariyet ve vedia yerine geçerdi, bazen de köle azat etme amacıyla yapılırdı. *Fiducia* akdi, teminat sağlama amaçlı kullanıldığında, rehin akdinden daha güvenceli bir yöntemle ve şekle bağlı olarak yapılmaktaydı. Şöyle ki; *fiducia* ile teminat konusu olan malın mülkiyeti *mancipatio* ya da *in iure cessio* yoluyla rehinli alacaklıya devredilirdi, rehinli alacaklı ise, daha sonra borç ödendiğinde, teminat konusu olan malın mülkiyetini, tarafların aralarında yapmış oldukları anlaşmada düzenlenen şekillerde geri vereceğine ya da

tarafaların rızalarının uyuşması (*consensus*) tek başına yeterliydi. Ancak yazılı akitler ve sözlü akitler, mutlaka şekle bağlı olarak yapılmalıydılar.<sup>170</sup>

Roma Borçlar Hukuku'nda, Klasik dönemde en önemli şekli akit, soru ve cevap ile yapılan “*stipulatio*” idi.<sup>171</sup> Sözlü akit *stipulatio*, Roma Hukuku'nda şekle bağlı olan birçok kurumun temelinde yer almaktadır denebilir. *Iustinianus* döneminde, *stipulatio*'nun eski şekilci anlayışından uzaklaşmıştır. Çalışmamızda, özel önemi sebebiyle *stipulatio* aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. *Stipulatio*'nun incelenmesinden önce, Roma Borçlar Hukuku'nda şekle bağlılık arz eden diğer akit türü olan “yazılı akitler (*litteris contrahitur*)” ile ilgili açıklama yapmak uygun olacaktır. Yazılı akitler hakkında, günümüze kadar ulaşılan bilgiler kısıtlıdır. Bu konu, bazı genel eserlerde dahi ele alınmamıştır. Yazılı akitler, Klasik Öncesi dönemde ve Klasik dönemde uygulanmış, ancak *Iustinianus* döneminde neredeyse tamamen uygulamadan kalkmıştır.<sup>172</sup> Bu sebeplerle, çalışmamızda yazılı akitleri ayrı bir başlık altında inceleme yoluna gidilmemiştir. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, *Iustinianus*

---

bir yere tahsis edeceğine ilişkin taahhütte bulunurdu. *Fiducia* ile rehin veren kimse, alacaklısına inanır, ileride borç ödendiği zaman alacaklısının rehin konusu malı geri vereceğine güvenerek söz konusu malın mülkiyetini *mancipatio* ile ya da *in iure cessio* ile devrederdi. Bu durumda alacaklı, rehin hakkı yerine mülkiyet hakkı elde ediyordu. Dolayısıyla, alacaklı için daha fazla güvence sağlanmış oluyordu. *Fiducia* akdinde tarafların borçları, yapmış oldukları akit çerçevesinde belirlenirdi. Malın geri verilmesi şekillerini düzenleyen anlaşmalar “*pactum fiduciae*” olarak adlandırılırdı. *Fiducia* ile malın mülkiyetini devralan kimse, ileride borç ödendiğinde, malın aralarında yapmış oldukları anlaşmada düzenlenen şekillerde geri verilmesine ya da bir yere tahsis edilmesine ilişkin taahhüdünü yerine getirmezse, bu durum, güvenin kötüye kullanılması olarak nitelendirilirdi. Artık bu kimsenin, haksız fiilden dolayı sorumluluğu söz konusu olurdu. *Fiducia*'nın sakıncaları vardı. Nitekim, borçlu borcunu ödendiğinde rehin konusu malın mülkiyeti kendiliğinden geri dönmezdi. Malın mülkiyetini iade borcu olan kimse, mülkiyetin devri yollarından *mancipatio* ya da *in iure cessio* yollarından birine başvurmalıydı. *Fiducia* ile malın mülkiyetini kazanan, bu malı kolaylıkla üçüncü kişilere satabilirdi. *Fiducia* ile rehin veren kimse ise, artık aynı dava açma yetkisi olmadığından, üçüncü kişilerden malı isteyemezdi, ancak rehinli alacaklısına karşı şahsi bir dava açabilirdi. Malını *fiducia* ile rehin verenlerin hukuki korumadan yararlanma olanakları zayıf olduğundan ve ayrıca da *praetor*'ların faaliyetleri sonucunda, zamanla “*pignus* (rehin akdi)” kullanıma girdi ve *ius civile* tarafından da kabul edildi. *Pignus* ile rehinli alacaklı, rehin konusu mal üzerinde teminat olarak artık mülkiyet hakkı değil, “zilyetlik” elde ediyordu. Bunun yanında alacaklı, rehin konusu mal üzerinde, aynı hak olan “rehin hakkı” elde ediyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rado, **a.g.e.**, s. 62 ve s. 88 vd.; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 320 ve s. 410-411; Umur, **a.g.e.**, s. 348.

<sup>170</sup> John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 140; Rado, **a.g.e.**, s. 62-63.

<sup>171</sup> John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 140.

<sup>172</sup> Rado, **a.g.e.**, s. 62-63.

döneminde, yazı ile yapılan borç anlamına gelen *scriptura*'ya başvurulmuş olduğu bilgisine kaynaklarda rastlanmaktadır. Buna göre, *Iustinianus* döneminde, *nomina transscripticia*'nın kullanımda olmamasına karşın, yine de *scriptura* denen, yazı ile meydana gelen bir borcun varlığından söz edilmektedir.<sup>173</sup> Schulz ise, bunun tersini iddia etmektedir. Schulz'a göre, *Ius. Ins. 3.21.*'de yer alan "yazılı borç" ifadesinin, Klasik dönemin yazılı akitleri ile bir ilgisi bulunmamaktadır.<sup>174</sup>

Roma Hukuku'nda yazılı akitler, ancak yazılardan (*litteris*) oluşan bir şekle uymakla kurulabiliyordu.<sup>175</sup> Buna benzer olarak, günümüz hukukunda da şekil şartı arandığında genellikle yazılı şekil kastedilmekte, tarafların kendi aralarında düzenleyip imzaladıkları hususi senet ya da resmi makamın önünde düzenlenip imzalanan resmi senet işaret edilmektedir.<sup>176</sup> Yazılı akitlerin tam olarak şekli hakkında günümüze ulaşan bilgiler şüphelidir.<sup>177</sup> Bilinen yazılı akit türleri; *nomina transscripticia*, *chirographum* ile *syngrapha* ve yukarıda bahsedilen *scriptura* idi.<sup>178</sup> *Nomina transscripticia*, Klasik dönemde, her iyi aile reisinin günlük tuttuğu hesap defterine yapılan kayıtlardan oluşuyordu. Defterlerin bir tarafına gelirlerin (*acceptum*), diğer tarafına giderlerin (*expensum*) kaydedilmesi söz konusuydu. *Nomina transscripticia* ise, alacaklının kendi tuttuğu alacak defterine, alacakların ve bu alacakların karşısına borçlunun adının kaydedilmesiyle oluşuyordu. *Nomina transscripticia*'da, borcun sebebi, borçlunun şahsının değişmesi ile ilgili bilgi de yer alabiliyordu. Borçlunun adı bu şekilde kayıt düşüldüğünde, artık kendisi için borç doğmuş kabul ediliyordu. Bu kayıtlara, Klasik dönemin sonlarından itibaren başvurulmaz olmuştu. Doğu eyaletlerinde kullanılan kayıt türü olan *chirographum* ve *syngrapha* yolu ile, bir kimsenin borçlu olduğunun bir vesika üzerinde tespit edilmesiyle yazılı borç doğması söz konusuydu. Bu yöntemle bir kimse, yazılı olarak bir şeyin verilmesini ya da bir işin yapılmasını beyan etmesiyle, *stipulatio*'ya ihtiyaç duyulmaksızın borçlu kabul ediliyordu, yani borç doğuyordu. Nitekim doğu eyaletlerinde, noter önünde, bazı bankerlerin önünde ve mahkemelerde

<sup>173</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s.428 ve 430; Rado, **a.g.e.**, s. 112-113.

<sup>174</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 506.

<sup>175</sup> Cesare Sanfilippo, **Istituzioni di Diritto Romano** (Decima Edizione. Rubbettino editore, 2002), s. 300.

<sup>176</sup> Rado, **a.g.e.**, s. 111.

<sup>177</sup> John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 143.

<sup>178</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 428.

hakim önünde resmi senet düzenlenmesi yoluna sıklıkla başvurulması söz konusu yöntemle oluyordu.<sup>179</sup> Yine, doğu eyaletlerinde kullanılan yazılı şekillerin etkisiyle, bağışlamaların rastgele yapılmasının önüne geçmek ve aleniliği sağlamak için, bağışlamalar için yazılı bir vesika düzenlenmesi ve sicile tescil usulü anlamına gelen *insinuatio* uygulanmaya başlanmıştı. Mahkemelerde hakim önünde düzenlenen bu vesikalar, ispat vasıtasıydılar. İmparator *Constantinus* tarafından *insinuatio* genelleştirildi. *Iustinianus* ise, ancak 500 altın *solidus*'u aşan bağışlamalar için yazılı şekil şartını öngörmüştü, söz konusu miktarın altındaki bağışlamalar için yazılı şekil şartını gerekli görmemişti, bunlar için bağışlama iradesinin beyan edilmesi yeterliydi.<sup>180</sup>

Son İmparatorluk devrinde, M.S. 212'de tüm halklara Roma vatandaşlığı tanındı. Roma halkının doğu eyaletlerinde yaşayan halk ile kaynaşması sürecinde, Roma Hukuku kurumlarının bu eyaletlerde benimsenmesi kolay olmadı. Eyaletlerde yaşayanlar, hukuki işlemlerde yazılı şekli kullanmakta olduklarından, sözlü şekilde yapılan hukuki işlemleri kullanma güçlüğü çektiler. *Stipulatio*, yazılı akitler ile birlikte kullanılmaya başlandı. Bu sebeple, zaman içinde *stipulatio*'lar asıl özelliklerini kaybetmeye başladılar, *stipulatio*'nun kendine özgü yapısı bozuldu. Yazılı vesikaların sonuna, bunların içeriğinin *stipulatio* ile de taahhüt edildiğini belirten bir kayıt ekleniyordu. Ancak gerçekte, çoğunlukla bu *stipulatio* hiç yapılmıyordu Bu durum, sözlü akdin büyük ölçüde yazılı bir taahhüde dönüşmesi olarak da nitelendirilmekteydi. Sözcükler, artık önemli değildi; önemli olan tarafların aynı zamanda ve aynı yerde görüş birliği (*consensus*)'ne varmış olmasıydı. Ancak *Iustinianus*, bu durumun, davalıların akit yapılırken kendilerinin veya karşı tarafın hazır bulunmadığını ileri sürerek, yükümlülükten kaçmaya çalışmalarına olanak sağlayan bir yasal boşluk yarattığını tespit etti. Bu boşluğu kapatmak için şu düzenlemeyi getirdi: Taraflar işlemlerini yazılı olarak ifade edip bu belgenin sonunda taraflardan ikisinin de hazır bulunduğunu belirtirlerse, taraflardan birinin gün boyunca fiilen şehir dışında olduğu kanıtlanamadığı sürece, taahhüt sözel olarak ifade edilmiş sayılıyordu. Zaman içinde *stipulatio* kullanımdan kalktı, onun yerini bir süre için senet ve vesika düzenlenmesi

<sup>179</sup> Rado, **a.g.e.**, s. 112-113; Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 300-301; Erkan Küçükgüngör, "Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan** (Ankara: 1998, s. 477-497), s. 493-494.

<sup>180</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 490; Rado, **a.g.e.**, s. 171-172; Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 89.

yoluyla yapılan yazılı akitler alırken, Klasik Sonrası dönemde ise yaygın olarak rızai akitler aldı.<sup>181</sup>

## 2.1. Sözlü Akit “*Stipulatio*”

*Stipulatio*, Roma Hukuku’nda dava olanağı olan resmi ve şekli akitlerin sayısının çok az olması sebebiyle, hukuki koruma ihtiyacı sebebiyle doğmuştur. Hukuki bir ilişkiye girildiğinde, anlaşma *pactum*’lar ile sağlanıyordu. *Pactum*’lar, basit ve şekilsiz anlaşmalardı bu nedenle de, borçluyu zorlayıcı etken olmuyorlardı. Bu nedenle, alelade *pactum*’lardan sonra, *stipulatio* yapılmaya başlandı.<sup>182</sup> Aslında *stipulatio*, bazı yazarlara göre bir akit değil de, akit yapma vasıtasıydı. Herhangi bir *stipulatio* ile, tek tarafa borç yükleyen bir akde sebep olunurdu. *Stipulatio* kelimesinin kaynağı ile ilgili olan bir söylentiye göre, *Iustinianus*, *stipulatio* kelimesini, önceleri “*firmum* (sıkı)” anlamına gelen “*stipulum* (sabit, sağlam)” kelimesinden türediğini ileri sürmüştü. Bu konuyla ilgili araştırma yapanlardan *Festus*, *stipulatio*’nun küçük madeni para demek olan “*stipendium*” kelimesinden türediğini ileri sürmüş, *Isidorus* ise, *stipulatio*’nun “*stipula*” kelimesinden kaynaklandığını iddia etmiştir.<sup>183</sup> Oldukça şekilci bir işlem olan *stipulatio*’nun temelinde, akit yaratma fonksiyonunu üstlenen, şekilci bir diğer işlem olan “*nexum*”un bulunduğunu söyleyen yazarlar vardır. Belli bir formülün yani belli sözlerin söylenmesiyle borç ilişkisini oluşturma işlevi olan *nexum*, külçe ve terazi ile yapılan (*gestum per aes et libram*) bir işlemdi.<sup>184</sup> En eski *stipulatio* şekli ise, *sponsio* idi.

<sup>181</sup>Rado, **a.g.e.**, s. 113-114; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 80-81.

<sup>182</sup>Honig, **a.g.e.**, s. 110 vd.

<sup>183</sup>M.A. W.F. Harvey, **A Brief Digest of the Roman Law of Contracts** (Colorado, 1996), s. 26-27; Henry John Roby, **Roman Private Law**, Vol.2 (New Jersey: 2000), s. 12-13.

<sup>184</sup>*Mancipatio* işlemi incelendiğinde de görüldüğü üzere, *nexum* ve *mancipatio* aynı şekilde, yani terazi ve külçe ile yapılan işlemlerdi. Aralarındaki fark ise, *nexum* ile borç ilişkisinin kurulması, *mancipatio* ile mülkiyetin devredilmesi idi. Aynı şekilde yapılıyor olmalarına rağmen, bu iki işlem sırasında söylenen sözler farklıydı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Francis de Zulueta, “The Recent Controversy About Nexum”, **Law Quarterly Review**, Vol.29, No 137, (1913), s. 138-139; Franco Pastori, **Appunti in Tema di Sponsio e Stipulatio** (Milano: Giuffrè Editore, 1961), s. 43-44; Buckland, **A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian** (Cambridge: Cambridge University Press, 1950), s. 430; Koschaker, **a.g.e.**, s. 205; Phillipson, **a.g.m.**, s. 1233-1234; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 421; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 755.



### 2.1.1. *Stipulatio*'nun Yapılış Şekli

*Stipulatio*, şekli ve resmi bir akitti ancak bu şekil çok basitti.<sup>185</sup> *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde, *stipulatio*'nun yapılış yöntemini açıklayan önemli bir metin şöyledir:

***Gaius, Inst. 3. 92:*** “*Verhis / obligatio fit ex interrogatione et respansion, uelut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM.*”

***Gaius, Inst. 3. 92:*** “Sözlü borç münasebeti soru ve cevaptan doğar, meselâ *DARĪ SPONDES? SPONDEO* (verileceğini taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum) *DABĪS ? DABO* (verecek misin? vereceğim), *PROMITTIS ? PROMITTO* (vadediyor musun? vadediyorum), *FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO* (şerefim üzerine vadediyor musun? şerefim üzerine vadediyorum), *FIDEIVBES ? FIDEIVBEO* (şerefim üzerine temin ediyor musun ? şerefim üzerine temin ediyorum), *FACIES ? FACIAM* (yapacak mısın ? yapacağım).”<sup>186</sup>

*Stipulatio*'da, soruyu soran tarafa “*stipulator*”, cevap verene yani borçluya “*promissor*” denirdi. *Stipulatio*'nun tarafları Latince “*rei*” olarak adlandırılırdı. Taraflar iki ya da daha fazla kişiden oluşabilirdi. Sorunun sorulmasına, Latince “*stipulari*” denirdi. Soru ve cevabın, Latince “*spondere*” sözünü içermesi gerekirdi. Görüldüğü üzere işleme, müstakbel alıcının sorusu ile başlanırdı ve bu soruda borcun bütün konusu belirtilmeliydi. Borçlunun cevabı kesin, yani kayıtsız şartsız olmalıydı ve borçlu soru üzerine cevabı derhal vermeliydi. Örneğin, alacaklı “Bana yüz vermeyi taahhüt ediyor musun? (*centum mihi dare spondes?*)” diye sorar, borçlu da “taahhüt ediyorum (*spondeo*)” cevabını verirdi. Daha sonra *ius gentium* ile birlikte *stipulatio*, Roma vatandaşı olmayanlar tarafından da kullanılmaya başlandı. O zaman, *spondere* yerine

<sup>185</sup> Schulz, *a.g.e.*, s. 473; Harvey, *a.g.e.*, s. 27.

<sup>186</sup> *Gaius, “Institutiones, Borçlar Kısmı”*, Çev.: Türkân Rado (İstanbul: 1953), s. 10 vd.

“*promitsine? promitto* (vadediyor musun? vadediyorum)” ya da “*dabisne? dabo* (veriyor musun? vereceğim) gibi başka kelimeler de kullanılır oldu.<sup>187</sup>

*Stipulatio* yapılırken iki taraf da hazır bulunmalı ve anlaşabilmeleri için aynı dilden anlıyor olmalıydı. İşaretler ve yazılar, sözlü beyanların yerini tutamazdı, bu sebeple sağır ve dilsizler *stipulatio* yapamazlardı. Soru ve cevap birbirine uymalıydı. Taraflar birbirinin dilinden anlamıyorlarsa, soru ve cevaptan biri Latince diğeri Yunanca olamazdı.<sup>188</sup> Taraflar birbirinin dilinden anlıyorsa, soru Yunanca, cevap Latince ya da Soru Latince ve cevap Yunanca olabilirdi. Bunun yanında, iki Yunan, Latin dilinde *stipulatio* yapabilirlerdi.<sup>189</sup>

**D. 45.1.1.6:** *"Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest, proinde si quis Latine interrogauerit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respodeatur, obligatio constitua est: idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sernonem tantum protrahimus an uero ad alium, Poenum forte uel Assyrium uel cuius alterius linguae, dubitari potest, et scriptura Sabini, sed et patitur, ut omnis sermo contineat uaborum obligationem, ita tamen, ut utarque alteris linguam intellegat sine pers e siue per uerum interpretem."*

**D. 45.1.1.6:** “*Stipulatio*’nun taraflarından biri Latince soru sorar, diğeri soruyu Yunanca cevaplarsa, ya da farklı diller konuşan iki taraf da birbirlerinin dilinden anladığı sürece ya da doğru sözlü bir tercümanın yardımıyla taraflar anlaşabilir ve iradeleri birbirine uygun olursa, akit kurulur.”<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> Zimmerman, **a.g.e.**, s. 68; W.F. Harvey, **a.g.e.**, s. 29; Rado, **a.g.e.**, s. 91-92; Geoffrey MacCormack – Robin Evans-Jones, “Obligations”, **A Companion to Justinian’s Institutes**. Ed.: Ernest Metzger (New York: Cornell University Press, 1998, ss.127-208), s. 134-135; Kaser, **Roman Private Law**, s. 40; Biondo Biondi, **Contratto e Stipulatio** (Milano:1953), s. 267-268; Alan Watson. “Artificiality, Reality and Roman Contract Law”, **Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis**, Vol.57, No 147: 147-156, (1989), s. 150-151; Pugliese, **a.g.e.**, s. 421; Dario Mantovani, **Le Formule Del Processo Privato Romano** (Milano:1999), s. 103 ve s. 104-105; Cesare Sanfilippo, **Istituzioni di Diritto Romano** (Decima Edizione. Rubbettino editore, 2002), s. 297-298; Theo Mayer-Maly, **Römisches Recht** (Wien; New York: Springer, 1999), s. 126; Voci, **a.g.e.**, s. 426.

<sup>188</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 473-474; Voci, **a.g.e.**, s. 426.

<sup>189</sup> W.F. Harvey, **a.g.e.**, s. 28.

<sup>190</sup> Iustinianus. **The Digest of Justinian**. Ed.: Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson (Philedelphia: Pennsylvania Press, 1985), s. 649-650.

**D. 45.1.136:** "Si sub una significatione diuersis nominibus ea res, quae in stipulatum deducitur appellatur, non infirmat abligationem, si alter altero uerbo utatur."

**D. 45.1.136:** "Borcun konusu taraflarca farklı şekilde isimlendiriliyorsa, tarafların *stipulatio* sırasında borcun konusu için farklı isimler kullanmaları, *stipulatio*'yu geçersiz kılmaz."<sup>191</sup>

Soru uzun olabilirdi, şart ve vade içerebilirdi, ancak cevap kayıtsız ve şartsız olmalıydı.<sup>192</sup> *Iustinianus*'un *Digesta* adlı eserinde belirtildiği üzere, *stipulatio*'nun konusu ahlaka uygun olmalıydı:

**D. 45.1.26:** "Generaliter nouimus turpes stipulationes nullius esse momenti."

**D. 45.1.26:** "Genellikle, ahlaka aykırılık unsuru içeren taahhütler geçersiz kabul edilirler."<sup>193</sup>

**D. 45.1.27:** "ueluti si quis homicidium uel sacrilegium se facturum promittat sed et officio quoque praetoris continetur ex huiusmodi obligationibus actionem denegari."

**D. 45.1.27:** "Örneğin, taraflardan birisi cinayet işlemek veya dini şeylere hümmetsizlik etmek konusunda taahhütte bulunuyorsa, *praetor*'un görevlerinden biri de, bu çeşit mükellefiyetlerde yer alan bu ve benzeri fiilleri reddetmek ve borçlanmayı geçersiz saymaktır."<sup>194</sup>

*Stipulatio*'da soru ve cevap, aslında uzun süren görüşmelerin sonunda varılan anlaşmaların özet olarak belli bir şekil çerçevesinde tasdik edilmesidir. Bu şekil, aslında hukuki işlemi pratik olmaktan uzaklaştırırdı ancak, olaya açıklık getirirdi.<sup>195</sup> *Stipulatio*'dan anlaşıldığı üzere, Roma Hukuku'nda, verilen söz çok büyük önem

<sup>191</sup> Mommsen, Krueger, Watson, **a.g.e.**, s. 575.

<sup>192</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 349.

<sup>193</sup> Mommsen, Krueger, Watson, **a.g.e.**, s. 653.

<sup>194</sup> Mommsen, Krueger, Watson, **a.g.e.**, s. 653.

<sup>195</sup> Roby, **a.g.e.**, s. 13; Umur, **Ders Notları**, s. 350.

taşıyordu. Söz vermekle taraflar hukuksal açıdan oldukça önemli bir akit meydana getiriyorlardı. *Digesta*'da da bu konuyla ilgili aşağıdaki metin yer alır:

*D. 45. 1. 18: “Qui his idem promittit. ipso iure amplius quam semel non tenetur.”*

*D. 45. 1. 18: “Eğer bir kimse aynı şey için iki kere üst üste taahhütte bulunursa, bir kez taahhütte bulunmasından daha fazla güven kazanmaz.”<sup>196</sup>*

*Digesta*'daki bu metinden anlaşıldığı üzere, verilen ilk taahhüt yeterliydi ve çok önemliydi.

Klasik dönemde, *stipulatio*'nun geniş bir kullanım alanı vardı, çünkü *stipulatio*, hukuki açıdan mümkün olan her konuda taraflara dava olanağı sağlıyordu. *Stipulatio*'nun kullanım alanlarından birisi de, iki taraf arasında akdin kurulmuş olduğuna ilişkin, *cautio (instrumentum)* yani senet gibi bir belge düzenlenmesiydi. *Cautio*'lar, ispat senedi niteliğindediydi, akdin geçerliliğiyle bir ilgileri yoktu. Böylelikle *stipulatio*, bir tarafın vaadini yerine getirmemesi halinde karşı tarafın zararını tazmin edeceğine ilişkin teminat taahhüdü niteliğiyle önem kazanıyordu.<sup>197</sup> Nitekim, bir Latin atasözü, “*verba volant, scripta manent*” demektedir. Bu atasözü, “söz uçar, yazı kalır” anlamındadır.<sup>198</sup> O halde bu sözler dikkate alındığında, *cautio* yapma yoluna gidilmesinin temelinde, yazının kalıcı olmasının yarattığı güven yatmaktaydı denebilir.

Eski Roma zamanında, sözlü akitler şimdiki yazılı akitlerin görevini yerine getiriyordu. Romalılarca kullanılan hukuk formlarının temeli, toplumda yazının az bilindiği ya da yazıya seyrek olarak başvurulduğu zamanlarda oluşmuştu.<sup>199</sup> Romanın ilk zamanlarında, yazılı şekilde yapılan akitlerin geçerliliği yoktu. Tam tersine, doğu eyaletlerinde akitler mutlaka yazılı yapılırdı. Ancak, doğu eyaletleriyle gelişen ilişkilerle ve yazının kullanım alanının yaygınlaşmasıyla zamanla, sözlü olan klasik

<sup>196</sup> Mommsen, Krueger, Watson, *a.g.e.*, s. 652.

<sup>197</sup> Kaser, *Roman Private Law*, s. 40-41; Salvatore Riccobono, *Stipulatio ed Instrumentum nel Diritto Giustiniano*, (Palermo: 1964), s. 273 ve s. 315-316; Mantovani, *a.g.e.*, s.106-107.

<sup>198</sup> Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 242; Pugliese, *a.g.e.*, s. 424; John Spencer Muirhead, *An Outline of...*, s. 141.

<sup>199</sup> W.F. Harvey, *a.g.e.*, s. 27; Biondi, *a.g.e.*, s. 267-268.

şekli ispat edebilmek için, yazılı kayıtlara başvurma gündeme geldi. *Stipulatio*, tanık huzurunda da yapılmadığından, bu yazılı kayıtlar *stipulatio*'nun yapıldığına ilişkin delil olmaya başladı. *Stipulatio*'nun klasik şeklinde mevcut olan ispat güçlüğünü bir ölçüde gideren bu yazılı kayıtlara *instrumentum* da deniyordu. Ancak, *instrumentum*'lar yapılmasa da *stipulatio* ile yapılan akitler geçerliydi.<sup>200</sup>

Doğu eyaletleriyle ticaretin artmasıyla *stipulatio*'nun şekle bağlılığı azalmaya başladı. M.S. 469 (bazı kaynaklara göre ise M.S. 472) tarihli, İmparator *Leo*'nun yazılı vaadleri tanıyan bir emirnamesi mevcuttu. Bundan sonra yazılı şekilde yapılan vaadler, sözlü vaadleri büyük oranda bertaraf etti.<sup>201</sup>

*Iustinianus*'un Klasik döneme yakın anlayışı, *stipulatio*'ya dönüş yapılmasına yol açmıştır. Ancak bu dönüş kalıcı olmamıştır.<sup>202</sup> Bu konuyla ilgili *Iustinianus*'un bir kararı vardır. Karara göre, akdin taraflarının, akit zamanında aynı yerde olduklarına ilişkin, yani akit tarihine ilişkin yazılı bir kayıt varsa, bu kayıt delil kabul ediliyordu. Böyle bir kayıt yoksa, *stipulatio* yapılmamış kabul ediliyordu, çünkü hazır olmayanlar *stipulatio* yapamazlardı.<sup>203</sup>

*Ius civile*'nin şekilci tarzı içinde, söz konusu şekillerin aslında basit olan, günlük konuşma dilinden seçilmiş kelimelerden oluşması ve çalışmalar sonucu bu basit şeklin mükemmel derecede gelişmiş bir form haline gelmesi ve kuralcılığa sadık kalmakla hedeflenen amaca ulaşılmış olması, dikkate değerdir. Şekilciliğe çok fazla bağlı kalan *stipulatio*'lar, akit olmaktan çok, akit metodu olma niteliğindediler.<sup>204</sup>

### 2.1.2. Kölelerin Yaptığı *Stipulatio*'lar

Herhangi bir köle, efendisi yararına *stipulatio* yapma hakkını “*ex persona domini*” bakımından elde edebilirdi. Kölenin kazanımları her zaman için efendisine ait olurdu. Ancak kölenin yaptığı *stipulatio*'dan doğan borçların efendiyi bağlaması söz

<sup>200</sup> Zimmermann, *a.g.e.*, s. 79; Kaser, *Roman Private Law*, s. 40-41.

<sup>201</sup> W.F. Harvey, *a.g.e.*, s. 28.

<sup>202</sup> Kaser, *Roman Private Law*, s. 41.

<sup>203</sup> Koschaker, *a.g.e.*, s. 209.

<sup>204</sup> Nicholas, *a.g.e.*, s. 63; Di Marzo, *a.g.e.*, s. 153-154; D.G. Cracknell – C. H. Wilson, *Roman Law, Origins And Influence* (Great Britain: 1990), s. 108.

konusu değildi. Bu sebeple köle, *stipulatio*'da *promissor* olamazdı. Ancak köle, efendisinin ölümünden sonra ve mirasçılarının mirasa konmalarından önce böyle bir *stipulatio* yapabiliyordu. Bu durumda *stipulatio* yapan kölenin, tereke için iktisapta bulunması, dolayısıyla daha sonra mirasçı olarak ortaya çıkabilecek kimseler için iktisapta bulunması mümkündür. Ancak kölenin, tereke için *ususfructus*<sup>205</sup> iktisap etme olanağı yoktur. Köle tarafından *stipulatio* yapılmış olması halinde, sahip olunan hakları dava ile ileri sürüp *stipulatio*'yu güçlendirme hakkı ise köleye değil efendiye aitti.<sup>206</sup>

### 2.1.3. *Stipulatio*'dan Doğan Borçlar ve Davalar

*Stipulatio* tek taraflı bir akitti yani bir kimsenin başkasına karşı herhangi bir hukuki işlem sebebiyle borçlanması, ancak karşı tarafın da, bunu kabulüyle mümkündü. *Stipulatio* dar hukuk davası doğururdu. Borç konusu edim *stipulatio*'da gayet açık ve kesin bir şekilde belirtilirdi. Borç, cins borcu veya parça borcu olabilirdi. Davaların ismi, konularının *dare* (verme) veya *facere* (yapma) olmasına göre değişirdi. *Dare*'ye ilişkin *stipulatio*'ların konusu *certa* (muayyen) idi, *facere*'ye ilişkin *stipulatio*'ların konusu *incerta* (gayrimuayyen) idi. *Dare*'ye ilişkin *stipulatio*'ların konusu bir miktar paraya ilişkin ise, bu borçlardan “*condictio certi*” davası doğardı, eğer borcun konusu paradan başka bir şeyse, “*condictio certae rei*” davası söz konusu olurdu. Borcun konusu, *dare*'deki gibi kesin bir şekilde belirtilemeyen, yani *incerta* olan *facere*'den doğan borçlar ise, daha az kesin nitelikte olan, *actio ex stipulatu* ile takip edilebiliyordu. Bu davalarda yargıca geniş takdir yetkisi tanınmıştı. Sonraları *actio ex stipulatu*, hem *dare*, hem de *facere* borçları için kullanılır oldu.<sup>207</sup>

**D. 45. 1. 74:** “*Stipulationum quaedam sunt, quaedam, incertae, certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem fundus Tusculanus, hmo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, uini Campani optimi amphorae centum.*”

<sup>205</sup> *Ususfructus*, başkasına ait mal üzerinde bir kullanma hakkı temin eden şahsi irtifaklardır. Bkz.: Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 220.

<sup>206</sup> Roby, **a.g.e.**, s. 25.

<sup>207</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 210 vd.; Mayer-Maly, **a.g.e.**, s. 127; Rado, **a.g.e.**, s. 94-95; Schulz, **a.g.e.**, s. 477; Pugliese, **a.g.e.**, s. 420; Biondi, **a.g.e.**, s. 325 ve s. 326-327.

**D. 45. 1. 74:** “Bazı *stipulatio*’ların konuları muayyen, bazılarının ki gayrimuayyendi. Muayyenlik, borcun konusunun ne olduğu, ne özellik taşıdığı ve borcun miktarına göre belirlenirdi. Örneğin, on altı sikke, Tusculan mülkü, köle Stichus, yüz birim iyi cins Afrika mısırını, yüz küp iyi cins Campani şarabı gibi.”<sup>208</sup>

#### 2.1.4. Sebep *Stipulatio* ve Sebep *Yoksun (Mücerret) Stipulatio*

Klasik Dönemden başlayarak, her tür anlaşma ve borçlanma, *stipulatio* şeklinde yapılmakla geçerlilik kazandığından, *stipulatio* genel bir akit olma niteliğini kazanmıştı. *Stipulatio*’lar, bir borcun ödenmesi, faiz anlaşması, hibe vaadi, *dos* vaadi, bir ödünçün geri verilmesi, yenileme (*novatio*) yoluna gidilerek haksız fiilden ya da vasiyetnameden doğan bir borcun akitten doğan borç haline getirilmesi, ya da yine yenileme yoluna gidilerek bir borcun içeriğinin aynı kalmasına rağmen taraflardan birinin değiştirilmesi gibi çeşitli sebeplerden dolayı yapılabilirlerdi. Bazı *stipulatio*’lar yapılırken sebep (*causa*) gösterilir, bazılarında ise gösterilmezdi. Sebebin gösterilmemesi, sebebin bulunmadığı anlamını taşııyordu. Örneğin, "Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?" veya "Bana ödünç olarak 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?" diye *stipulatio* yapılabilirdi. İlkinde sebep (*causa*) gösterilmemiştir, mücerret *stipulatio*’dur. İkincisinde sebep gösterilmiştir, sebepli *stipulatio*’dur.<sup>209</sup>

Ancak genelde *stipulatio*’lar sebep gösterilmeksizin yapılırlardı. Bunun pratik faydası, davacının alacağını dava konusu ettiği takdirde, sebebi ispatlamak zorunda kalmamasıydı. Yalnızca akdin yapılmış olduğunu ispatlaması yeterliydi. Bu durumda *praetor*’lar, çoğu zaman haksız yere borçlanma olduğunu gözlemlemişler ve bu duruma düşmüş sözde borçluları koruma vasıtaları geliştirmişlerdi. Buna göre, alacaklının açtığı dava karşısında borçluya *exceptio doli* yani defî olanağı tanımışlardı. Eğer alacaklı sebepsiz yere zenginleşmişse, borçlu *exceptio doli* ile kendisini savunurdu.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> Mommsen, Krueger , Watson, **a.g.e.**, s. 661.

<sup>209</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 478-479; Rado, **a.g.e.**, s. 96-97; Koschaker, **a.g.e.**, s. 211-212; Biondi, **a.g.e.**, s. 341-342.

<sup>210</sup> Biondi, **a.g.e.**, s. 342-343; Umut, **Ders Notları**, s. 349; Koschaker, **a.g.e.**, s. 212.

İspat yükü, Klasik dönemin sonlarına kadar davalıya ait iken, M.S. 215'te *Caracalla*'nın emirnamesiyle bundan böyle davacıya ait oldu. Davacı borç sebebini bizzat ispat etmeliydi, aksi takdirde borçlu mahkûmiyetten kurtuluyordu. Ayrıca, alacaklı dava açmadan, hukuki bir koruma yolu olarak, borçluya dava olanağı da tanınmıştı. Borçlu, *condictio sine causa* isimli sebepsiz zenginleşme davasını, alacaklısının davasını beklemeden de açabiliyordu ve borçluluk durumunun kaldırılmasını talep edebiliyordu. Sebepsiz *stipulatio*'lar oldukça pratikti olduğundan, Klasik dönem boyunca çok kullanıldı. Ancak *Iustinianus* döneminde, bir takım kanuni tedbirler alma gereksiniminden dolayı, mücerret *stipulatio*'lar kullanım dışı bırakıldı ve bunların yerine sebebe bağlı *stipulatio*'lar kullanılmaya başlandı. Nitekim *Iustinianus* dönemindeki uygulamaya göre, *stipulatio* dolayısıyla bir dava açıldığı takdirde, borçlu, söz konusu *stipulatio*'nun geçerli bir sebebi olmadığını iddia ederse, böyle bir sebebin varlığını ispat yükü artık alacaklıya aitti.<sup>211</sup>

### 2.1.5. *Stipulatio*'nun Başlıca Kullanım Alanları

*Ius civile* tarafından borç doğurucu nitelikte olduğu kabul edilmeyen tüm anlaşmalar, eğer *stipulatio* ile yapılırlarsa, artık geçerli bir borç ilişkisi doğduğu kabul edilirdi. Bu sebeple sık başvurulanan *stipulatio*, çeşitli hukuki işlemlerde kullanılabilirdiğinden, uygulama alanı en geniş akit olarak Roma akitler sisteminde yerini almıştı. Nitekim, borç vadeleri *stipulatio* ile yapılabilirdi, fer'i borç ilişkileri (faiz, cezai şart, kefalet vb.) *stipulatio* ile kurulabilirdi, *praetor stipulatio*'ları yapıyordu, müteselsil borç ilişkisi *stipulatio* ile kurulabiliyordu. Bunların yanında, daha önce değinilen *cautio* denen garanti amaçlı belgelerinin düzenlenmesi, aşağıda değinilecek olan *dos* vaadi, ayrıca yenileme (*novatio*), borcun nakli, alacağın temliki de *stipulatio* ile yapılan diğer hukuki işlemlerdi.<sup>212</sup>

*Pactum*'lar, yani geçerli borç ilişkisi doğurmayan şekilsiz anlaşmalar, ancak *stipulatio* şeklinde yapılmakla borçlandırıcı duruma geliyorlardı. Örneğin, aynı akitler kapsamındaki karz ve ariyet verme vadeleri ya da vedia kabul etme vaadi, şekilsiz *pactum*'lar ile yapıyordu ve dava hakkı doğurmuyordu. Bunların borçlandırıcı nitelik

<sup>211</sup> Rado, **a.g.e.**, s. 97-98.

<sup>212</sup> Rado, **a.g.e.**, s. 100 vd.; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 90-91; Biondi, **a.g.e.**, s. 270 vd.



kazanması ve dava ile takip edilebilmesi, *stipulatio* şeklinde yapılmalarıyla mümkündü. Klasik dönemde bağışlama vaadi, ancak *stipulatio* şeklinde yapıldığı takdirde geçerli bir borç ilişkisi doğmaktaydı. O halde, bütün borç vadeleri eğer *stipulatio* ile yapılırlarsa geçerli olurlardı. Fer'i (yan) borçlar yaratmak ve fer'i borçları geçerli kılmak için de *stipulatio*'dan yararlanılırdı. Fer'i borç, esas borçtan kaynaklanan ve ona bağlı olan ikincil nitelikteki borçlardı. Borcun kapsamı bakımından fer'i borçlar, esas borca yan edim eklerlerdi. Örneğin, esas borcun zamanında ödenmemesi halinde ödenmek üzere tesis edilen “faiz borçları” ya da, esas borcun hiç ödenmemesi halinde ekseriyetle taraflarca ödenmesi kararlaştırılan bir miktar para görünümündeki, borçla birlikte kurulan ve vaat edilen “cezai şart (*poena*)”, fer'i borçlardandı ve *stipulatio* ile tesis edilebiliyordu.<sup>213</sup> Borç ilişkisinin tarafları bakımından da fer'i borç, iki olasılıkla söz konusu olabilirdi. Esas alacaklıya ikinci bir alacaklı katılabilirdi (*adstipulatio*), ya da kefalet akdinde olduğu gibi, esas borçluya ikinci bir borçlu (*adpromissio*) katılabilirdi. Kefalet akdi, Roma'nın en eski devirlerinden beri *stipulatio* ile tesis edilebilen önemli bir akitti. Sonraları farklı türde kefalet akitleri kullanılmış olsa da, *Iustinianus* dönemine kadar Roma Hukuku'nda kullanılan normal kefalet şekli, *stipulatio* ile yapılan kefaletti. *Stipulatio* şeklinde yapılan kefalet akdinin en eski şekli ise “*sponsio*” idi. Yalnızca Romalılar tarafından yapılabilen *sponsio*, sözlü borçları teminat altına alırdı. Daha sonraları, yine *stipulatio* ile yapılan, *fidepromissio* ve *fideiussio* olarak adlandırılan kefalet şekilleri ortaya çıkmıştı. Romalılar'ın yanında, yabancıların da başvurabilecekleri şahsi teminat şekli olan *fidepromissio*, alacaklının esas borçlunun borcunu kastederek kefile, “*Idem dari fidepromittis* (aynı şeyi vermeyi şerefine vaadediyor musun) ?” ya da “*Fidepromittis* (vaadediyor musun) ?” sorusunu sorması, kefilin ise, “*Fidepromitto* (vaadediyorum)” cevabını vermesiyle yapılan bir *stipulatio* idi. *Fidepromissio* ile, yalnız sözlü akitlerden doğan borçlar teminat altına alınabilirdi ve alacaklı doğrudan kefile başvurarak alacağını talep edebilirdi. *Fideiussio* ise, asıl borçlu yanında ikinci bir şahsın borç ilişkisine girmesiyle, her türlü borcun şahsi olarak teminat altına alınmasıydı. Söz konusu ikinci şahıs, fer'i borçlu yani kefileydi. Şahsi teminat olan kefalet ile, eksik borçlar (*obligatio naturalis*), haksız fiilden doğan borçlar

<sup>213</sup> Reinhard Zimmermann, “*Stipulatio Poenae*”, *The South African Law Journal*, Vol. 104, Issue 3:399-415, (August, 1987), s. 401 ve s. 404; Koschaker, *a.g.e.*, s. 210-211; Umur, *Ders Notları*, s. 353; Biondi, *a.g.e.*, s. 275 ve s. 357; Pastori, *a.g.e.*, s. 278-279.

dahil olmak üzere her çeşit borç teminat altına alınır. Kefilin borcu, fer'i borç olduğundan, bu borcun varlığı esas borca bağlıydı. Kefilin borcunun kapsamı, esas borçlunun borcunu aşamazdı. *Fideiussio*, *Iustinianus* döneminde kullanılmakta olan tek kefalet şekli idi, diğer kefalet şekilleri kullanımdan kalkmıştı. Günümüz hukukunu da etkilemiş olan Roma Hukuku'ndaki kefalet kurumu *fideiussio*'dur. *Fideiussio* ile teminat altına alınan borç zamanaşımına uğramazdı ve borçlunun mirasçılara geçerdi. *Fideiussio*, alacaklı ve kefil arasında *stipulatio* ile genellikle şöyle yapılırdı: Alacaklı, esas borçlunun borcunu kastederek kefile, "Aynı şeyi (*idem*) bana şerefimle temin ediyor musun?" sorusunu sorar, kefil (*fideiussor*) ise bunun karşılığı olarak "Temin ediyorum (*Fideiubeo*)" cevabını verirdi. Bunun yanında, alacaklının "Aynı şeyi vereceğini şerefimle bana vaad ediyor musun?" sorusu, kefilin "Şerefimle vaadediyorum" cevabı ile de *fideiussio* yapılabilirdi. Kefalet akdi ile ilgili olarak, "*fides*" kavramı önemliydi. Romalılar, verilen söze bağlı kalmayı kutsal bir görev saydıklarından, "güven, sadakat, şeref, bağlılık" gibi anlamlara gelen "*fides*" kavramı onlar için büyük önem taşıyordu.<sup>214</sup>

Roma Usul Hukuku'nda *Formula* usulünün uygulanmaya başlanmasından hemen önce kullanılma giren *praetor stipulatio*'ları, mecburi *stipulatio*'lar idi. Nitekim *praetor*, bir ilgili talep ettiği takdirde, *imperium* yetkisine dayanarak, diğer bir kimseyi, talepte bulunmuş olana karşı, bir borcu yerine getireceğine ya da belli tarzda davranacağına ilişkin taahhütte bulunmaya zorlardı. Genellikle teminat sağlamak amacıyla *praetor stipulatio*'larına başvurulurdu ve bu nedenle de söz konusu *stipulatio*'lar, "*cautiones*" olarak adlandırılırdı. Taahhüdü yerine getirmeyen borçlunun mallarının zilyetliği *praetor* tarafından davacıya verilebilirdi, ya da borçlu, meydana gelecek zararı karşılamak zorunda bırakılırdı.<sup>215</sup>

Müteselsil sorumluluk da *stipulatio* ile kurulabilirdi. Borçlar arasında teselsül varsa, söz konusu borçtan borçluların tümü sorumluydu. Alacaklı herhangi bir borçludan borcun tamamını isteyebilirdi. Bu durumda diğerleri borçtan kurtulurlardı, nitekim borç bir defada ödenecekti. Alacaklı, borçlunun birinden payına düşeni istemek zorunda değildi, borcun tamamını ödeyebilecek borçludan alacağını talep edebilirdi.

<sup>214</sup> Rado, **a.g.e.**, s. 105-106; Nicholas, **a.g.e.**, s. 204-205; Pastori, **a.g.e.**, s. 97-98 ve s. 103 vd.; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 375; Umut, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 73; Schulz, **a.g.e.**, s. 494 ve s. 499-500; Biondi, **a.g.e.**, s. 349.

<sup>215</sup> Biondi, **a.g.e.**, s. 273-274; Rado, **a.g.e.**, s. 110-111; Harvey, **a.g.e.**, s. 31; Pastori, **a.g.e.**, s. 288-289.

Alacaklı borçluların her birine aynı soruyu sorardı: “Bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun (*dari spondes*)?” derdi. Sonra borçlular hep bir ağızdan “taahhüt ediyorum (*spondeo*)” şeklinde cevaplarıydı. Borçluların her biri aynı anda cevaplamayıp farklı zamanda cevaplasaydılar, alacaklı 300 talep edebilecekti. Çünkü bu durumda her bir borçlu ayrı ayrı zamanlarda borçlanmış olacaktı. Alacaklar arasındaki teselsülde, alacaklıların herbiri borçludan borcun tamamını isteyebilirdi. Örneğin; *Seius* ve *Maevius*, *Titius*’dan 10 talep edebilecek durumdadırlar. *Titius*, *Maevius*’a 10’u ödemişse, borç sona ererdi. Artık ayrıca *Seius* da *Titius*’dan 10 talep edemezdi ve *Maevius*, *Titius*’u *acceptilatio* yoluyla borçtan ibra ederse, artık alacak hakkı her iki alacaklı içinde sona ermiş olurdu.<sup>216</sup> Borcun *ius civile*’ye göre ibrası, *acceptilatio* ile mümkündü. Hayali bir ifa olan *acceptilatio*, sözlü şekilde *stipulatio* ile yapılırdı. Ancak *acceptilatio*, *stipulatio*’dan doğan borcun zıt şekillere uyararak ibrasıydı. Yani, *acceptilatio*’da soruyu soran taraf borçlu, cevap veren ise alacaklıydı. Boçlu, “sana vaad etmiş olduğumu, alınmış olarak kabul ediyor musun?” sorusunu sorar, alacaklı ise, “aldığımı kabul ediyorum” cevabını verirdi. Böylelikle esas borcun ve fer’i borçların *ipso iure* (kendiliğinden) sona erdiği kabul ediliyordu. *Stipulatio* ile yapılmamış hukuki işlemlerden doğan borçlar da *acceptilatio* ile sona erdirilebilirlerdi. Ancak bunun için önce, mevcut borçlar yenileme ile *stipulatio* borcu haline getirilip, ondan sonra *acceptilatio* ile ibra edilirdi.<sup>217</sup>

Yenileme (*novatio*) da bir *stipulatio*’dur. Yenileme ile, önceden mevcut bir borç, *stipulatio* yoluyla yeniden taahhüt edilirdi. Eski borca çeşitli eklemelerde bulunmak (şart, vade vb.) amacıyla yenileme yoluna gidilebilirdi. Yenileme, özellikle alacaklıya bir takım menfaatler sağlardı. Borç ilişkisinin zaman içinde uğradığı değişiklikler sonucunda, alacakların ve borçların temlik söz konusu olabilirdi. Bu durumlar da yenileme ile sabitleştirilirdi. Yenileme ile eski borç ilişkisi sona erdirilirdi. Yenilemede de şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlılık gözlemlenmektedir.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Rado, **a.g.e.**, s. 103; Schulz, **a.g.e.**, s. 490-491; Nicholas, **a.g.m.**, s. 1612-1613.

<sup>217</sup> Cracknel – Wilson, **a.g.e.**, s. 118; Pugliese, **a.g.e.**, s. 491-492.

<sup>218</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 483-484; Pastori, **a.g.e.**, s. 286; John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 142.

## 2.1.6. *Stipulatio* Dışındaki Diğer Sözlü Akitler

### 2.1.6.1. *Dotis Dictio* ve *Dotis Promissio*

*Manus*'suz evliliklerde, evlenecek olan kadın ya da onun aile reisi, bazen de kadının emriyle kadının kendi borçlusu, evin geçimine yardımcı olmak için, kocasının mülkiyetine geçmek üzere belli bir mal ya da bir miktar para yani *dos* getirmeyi sözlü şekilde vaadederd. Başka deyişle *dos* vaadinde bulunurlardı. *Dos* konusu, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde (3.3.6.'da) ayrıntılı olarak incelenecektir ancak *stipulatio* ile ilgili olarak da önem arz eden bir konu olduğundan, burada yeri gelmişken değinmek uygun bulunmuştur. Evlenirken ya da evlenmeden önce *dos* vaadinde bulunulabilirdi. Evlenme geçersiz olursa *dos* vaadi de geçersiz olurdu. En eski *dos* vaadi olan “*dotis dictio*”nun, kendine özgü bir şekli vardı. Bu, soru sorulmaksızın yapılmakta olan bir sözlü akit idi. Evlenecek olan kadın ya da kadının babası ya da aile reisi, kendisine bir şey sorulmadan, “100 vermeyi taahhüt ediyorum” diyerek borç altına girerdi. Dolayısıyla, yalnızca vaadde bulunanın konuşmasıyla (*uno loquente*) yapılırdı, kendisine vaadde bulunulan ise susardı. Klasik dönemde, *dotis dictio* kullanılmaya devam ederken, onunla birlikte bir diğer *dos* vaadi olan “*dotis promissio*” da kullanıma girdi. *Dotis promissio* ise *stipulatio* şeklinde yapılırdı, dolayısıyla iki taraflı konuşma söz konusuydu. Evlenecek olan erkek soru sorar, evlenecek kadın ya da kadının tarafından birisi ise cevap verirdi. M.S. 428 yılında imparator *Theodosius*, şekilsiz anlaşma olan *pactum*'lar ile yapılan her çeşit *dos* vaadinin geçerli sayılacağını bir emirnameyle duyurmuştu. Bu sebeple, *dotis dictio* artık kullanılmaz olmuştu. *Dos* vaadi *Iustinianus* zamanında, şekle bağlı olmayan *pactum*'lar ile yapılmaya devam etmiş, şekle bağlı olan *dos* vaadi olarak yalnızca *dotis promissio* kullanımında kalmıştı.<sup>219</sup>

### 2.1.6.2. Azadlının Yeminle Hizmet Vaadi (*Iuramentum Operarum*)

Roma'da köle azat edilmeden önce efendisine hizmet edeceğini ve hibelerde bulunacağını vaadederd. Azat edildikten sonra yeminle vaadini tekrarlardı.

<sup>219</sup> Zimmermann, **a.g.e.**, s. 90; Pugliese, **a.g.e.**, s. 420; Rado, **a.g.e.**, s. 99; Umur, **Ders Notları**, s. 354; Voci, **a.g.e.**, s. 429; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 427; Watson, **Spirit of Roman...**, s. 24, Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 299.

Dolayısıyla artık azatlı olan eski köle, ilâhlara karşı da yeminle taahhütte bulunmuş oluyordu. Özel bir *stipulatio* idi. Tek taraflı irade beyanı söz konusuydu, yalnızca köle konuşurdu. Şekle bağlılık söz konusu değildi. Azadlının yeminle hizmet vaadi, yeminin borç doğurduğu tek akit türüydü.<sup>220</sup>

### 2.1.7. *Stipulatio* ile İlgili Olarak Roma Hukuku'nda Şekilciliğin Önemi

*Stipulatio*'nun gelişimi, Roma Hukuku'nda şeklin ve şekilciliğin önemine ilişkin iyi bir örnektir. Ayrıca *stipulatio*, taahhütte bulunanı hukuki açıdan bağlaması nedeniyle de önem taşımaktaydı. Roma Hukuku'nda amaçlanan hukuki tesir ancak şekle bağlılıkla sağlanabiliyordu. Günümüzde de şekil, hem ispat şartı olarak, hem de Roma Hukuku'nda *stipulatio*'da olduğu gibi bir geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak günümüzde şekle bağlılık, her anlamda aranan bir özellik değildir. *Stipulatio*'da dinsel bir tema da sezilir. Çünkü o zamanlar din adamları hukuki işlere de bakıyorlardı ve *stipulatio*, bu din adamlarının önünde merasimle yapılıyordu. Dolayısıyla yaptığı taahhüt ile borçlu, hem hukuki, hemde dinsel açıdan bağlanıyordu. Sonuç olarak, taahhütte bulunan bir kimsenin borcu, *stipulatio*'da kullanılan sözlerle sınırlıydı; bu kimsenin yükümlülüğü, kullandığı sözlerin kapsamının ötesine geçemezdi. Öte yandan borçlu, taahhüdüyle sıkı şekilde bağlıydı. Şekil kuralları sıkı olarak uygulandığı oranda, yapılan hukuki işlemin etkili olduğu düşünülürdü. Bu koşullar altında, irade ile beyan arasında uygunluk her zaman mümkün olmayacağından, hukuki işlemde beklenen esas amaçla, şekil kurallarına sadık kalınarak meydana getirilen hukuki işlemle ulaşılan amaç, aynı doğrultuda olmayabilirdi. Sonucusuyla ulaşılan amaç adil olmayan sonuçlar doğurabilirdi. O zamana göre hukukun zorlayıcı etkisinden anlaşılan, rızaların uyuşması (*consensus*) değil, kelimelerin şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olarak kullanıldığı hukuki işlemler meydana getirmektir.<sup>221</sup> Zamanla bu tutum değişti. Şekilsiz akitlerin ortaya çıkmasının ardından, tarafların görüş birliği (*consensus*), akde bağlı tüm yükümlülüklerin temel taşı ve gerçek etkili sebebi olarak kabul edilmeye başlandı.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> John Spencer Muirhead, *An Outline of...*, s. 143; Rado, *a.g.e.*, s. 100.

<sup>221</sup> Zimmermann, *a.g.e.*, s. 82 vd.; Watson, “*Artificiality, Reality and...*”, s. 151.

<sup>222</sup> Zimmermann, *a.g.e.*, s. 84.

Daha önce de belirtildiği üzere, Roma Hukuku'nda Helenizmin ve geleneklerin etkisiyle, ayrıca gelişen ticari hayatın gereksinimleri sonucunda, soru ve cevap şeklinde yapılan *stipulatio*, "*cautio*" ya da "*instrumentum*" denen yazılı şekildeki senetlerle sabitleştirilmeye başlandı. Ancak Roma'da bu senetler, anlaşmanın kurulmasını sağlamıyordu, yani geçerlilik şartı değil, ispat vasıtasıydılar.<sup>223</sup> *Cautio*'lar günümüzdeki senet tanzimine kaynak teşkil etmişlerdir.

### 3. AİLE HUKUKU'NDA

#### 3.1. Roma'da Aile (*Familia*) ve Hısımlık Kavramları

*Ius civile*'ye göre Roma ailesi (*familia*), ev birliği gibi hukuki bir temele, hakimiyet ilişkisine dayanmaktaydı. Buna göre aile, doğum yolu ile ya da hukuki sebeple, aynı baba egemenliği altında toplanan bireylerden oluşan bir topluluktur. *Ius gentium*'a göre kan hısımlığı temeline dayanan Roma ailesi (*familia*), geniş anlamda kan hısımlarından oluşurdu. Aile babasının çocuklar ve diğer aile fertleri üzerindeki otoritesine *patria potestas* deniyordu.<sup>224</sup> *Patria potestas*, yalnızca *pater familias*'a özel olacak şekilde vekâlet nevinden, idari ayrıcalık tanıyan bir güçtü. *Patria potestas* kaynağını, "baba bir" olarak tezahür eden aile birliği mantığından alıyordu. İmparatorluk döneminden sonra, *patria potestas* yetkisi kişisel cezalar ve mülkiyet hakkı açısından sınırlandırılmaya başlanmıştı.<sup>225</sup>

*Digesta*'da *Ulpiana*'a ait olan aşağıdaki metinde *familia* kelimesinin farklı anlamları olduğu belirtilmiştir:

**D. 50.16.195.1-5:** "(1) '*Familiae*' appellatio qualiter accipitur, videamus. Et quidem varie accepta est...(2)*Familiae* appellatio refertur et

<sup>223</sup> Burdick, **a.g.e.**, s. 437-438.

<sup>224</sup> Şakir Berki, **Roma Hukuku** (Ankara: 1949), s. 141; Kudret Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku** (İkinci Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963), s. 1-2; John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 68; Max Kaser, **Das Römische Privatrecht** (München: 1955), s. 44; Sanfilippo, **a.g.e.**, 153-154; Antonio Guarino, **Dritto Privato Romano** (Dodicesima Edizione. Napoli: 2001), s. 542-543; Özcan Karadeniz, "Aile (Roma Hukuku'nda)", **Türk Hukuk Ansiklopedisi** C.I, (1962), s. 457.

<sup>225</sup> James Hadley, **Introduction to Roman Law** (Colorado: Rothman & Co., 1996 ), s. 105.

*ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt...communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente prodi sunt. (3) Servitutium quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum.... 4)Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine profiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae. (5)Mulier autem familiae suae et caput et finis est.”*

**D. 50.16.195.1-5:** “(1) ‘Familia’ kelimesinin nasıl kullanıldığını inceleyelim. Bu kelimenin çeşitli kullanımları vardır. (2) *Familia* kelimesi ayrıca, yönetimi kendi fertlerine mahsus olacak şekilde tayin edilmiş, ya da genel akrabalık ilişkilerine mahsus olan ortak kurullarla tayin edilmiş olan bir tür birimi ifade etmek için kullanılmıştır. Özel bir kural ile tanımlandığı üzere *familia*, doğal yolla ya da hukuki olarak, bir kimsenin egemenliğine (*potestas*’a) maruz kalmış olan bireylerden oluşan topluluktur: Örneğin, *pater familias* (ev halkının erkek olan başkanı), *mater familias* (*manus* ile evlilik yapmış olan kadın), baba egemenliği altında olan bir erkek çocuk ya da kız çocuk ya da oğuldan olan erkek torun ve kız torun gibi daha sonra sırasıyla onları takip edenler vb. Aile babası, yani *pater familias* denen kimse, aile ocağı

içinde egemenlik (*dominium*) sahibi olan kimsedir ve hatta aile babasının oğlu yoksa, yalnızca sahip olduğu sıfat sebebiyle değil, yasal hakka sahip olması sebebiyle de aile ocağı içinde egemenlik sahibi kimsedir. Bazen, *pupillus* denen, henüz bülüğ çağına ulaşmamış, *sui iuris* olduğu için vesayet altında bulunan erkek bir çocuk bile *pater familias* olabilir. *Pater familias* öldüğünde, aile içindeki erkek çocukların hepsi ayrı ayrı *pater familias* statüsünü üstlenirler ve bu sebeple erkek çocukların hepsi kendilerine ait ayrı ev halkına sahip olabilirlerdi... Ortak bir kural ile belirlenmiş olduğu üzere, biz *familia*'yı bütün *agnat*'lar yani *ius civile*'ye göre *agnatio* hısımlığı ile birbirine bağlı olan kimseler için kullanırız. Bununla birlikte, *pater familias* öldüğü zaman, *ius civile*'ye göre *agnatio* hısımlığı ile birbirine bağlı olan bu kimseler, bundan böyle kendi *familia*'larına sahip olurlar ve aynı kişinin hakimiyeti altına girmiş olanlar, aynı aile ocağından ve nesepten geldiklerinden, aynı *familia*'ya ait kimseler olarak nitelendirilirler. (3) Ayrıca, kölelerin de *familia* üyesi olduğu alışlagelmişti. Böyle olduğunu, *praetor* beyannamesinde hırsızlık ile ilgili başlıkta, *praetor*'un devlet işlerini yapan yüklenicilerin *familia*'sından bahsetmesi esnasında görüyoruz... (4) Benzer şekilde, *familia*, aynı öz atanın kanından gelen kişiler birçok insan için kullanılmıştır (buna örnek olarak hatırımızda yer alan *Julian familia*'yı verebiliriz). (5) Kadın ise bir *familia*'nın hem başlangıcını hem de sonunu teşkil eder."<sup>226</sup>

### 3.1.1. Hısımlık Türleri

#### 3.1.1.1. *Agnatio* Hısımlığı

Roma Hukuku, yalnızca doğuma dayalı kan hısımlığına değil, hukuki bir esasa da dayanırdı. Roma ailesi söz konusu olduğunda *agnatio* hısımlığı ve *cognatio* hısımlığı olmak üzere iki çeşit hısımlıktan bahsedilir. Latince'de *agnati* kelimesi, aynı

<sup>226</sup> Mommsen, Krueger, Watson, **a.g.e.**, s. 904-905.



babadan doğan iki erkek kardeşin oğullarının birbiriyle olan hısımlığı gibi, aynı babadan doğmuş olma sebebi ile hısımlık ilişkisinde bulunan kimseler için kullanılıyordu.<sup>227</sup> *Agnatio* hısımlığı, hısımlık ilişkisinde hukuki bir bağa dayanmayı esas alıyordu. *Ius civile*'ye dayanan ailenin hukuki temeli, "ev birliği" idi. *Ius civile*'ye dayanan hısımlık olarak nitelenen *agnatio*, aynı baba egemenliğine, gerek doğum gerekse diğer hukuki sebeplerle bağlı olan erkekler arasındaki hısımlıktır. *Agnatio*'ya göre, *familia* içindeki evli erkeklerden birisinden doğmuş olmak, evlat edinilmiş olmak (*adoptio* ya da *adrogatio*), baba egemenliği altındaki birisiyle evlenerek onunla aynı baba egemenliğine girmek (*conventio in manum*) ya da azat edilme yollarından herhangi birisi ile azat edilerek, aynı *familia*'ya dahil olunulabilirdi. *Ius civile*'ye göre Roma ailesine dahil olmanın şartları, âdeta herhangi bir devlet topluluğuna dahil olmanın şartları gibiydi. Roma Hukuku'nun önemli bir kısmında, özellikle Aile Hukuku ve Miras Hukuku alanlarında *agnatio* hısımlığı geçerli olmuştur. Aynı ev reisi (*pater familias*)'nin baba egemenliğine bağlı olanlar arasındaki ilişki olarak nitelediğimiz *agnatio*'ya göre, *pater familias* statüsü yalnızca erkeklere özgüydü, kadınlar bu statüyü asla kazanmazlardı. *Pater familias*'ın ölümüyle kız evlatlar ancak *alieni iuris* durumundan *sui iuris* durumuna geçerlerdi. Aynı baba egemenliği altında bulunanlar arasındaki *agnatio* hısımlığı, kadınlar aracılığıyla değil, erkekler aracılığıyla geçerdi. Aynı *pater familias*'ın hakimiyeti altında yaşamış olan ya da sonradan aynı *pater familias*'ın hakimiyeti altına giren kimseler arasında *agnatio* hısımlığı olduğundan, bu kimseler birbirlerinin agnat (*agnatus*)'ı sayılırlardı. Böylece hısımlık, *pater familias*'ın ölümünden sonra da devam ederdi.<sup>228</sup>

Ünlü Roma hukukçusu ve tarihçisi *Seneca*, atalarının her bir evin küçük bir devlet olduğunu anlattıklarını eserlerinde belirtmişti.<sup>229</sup> Çeşitli eserler incelendiğinde, Roma ailesi yani *familia*, dışarıdan bakıldığında şöyle bir görüntü oluşturmaktadır: *Familia*, eşyayı ve aile bireylerini egemenliği altında bulunduran bir hükümdara yani *paterfamilias*'a, genellikle dış etkilere karşı kapalı bir ülkeye (evin içinde bulunduğu

<sup>227</sup>Bruce W. Frier - Thomas A.J. McGinn, **A Casebook On Roman Family Law** (New York: Oxford University Press, 2004), s. 16.

<sup>228</sup>Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 154-155; Burdick, **a.g.e.**, s. 213-214; Karadeniz, "**Aile (Roma Hukukunda)**", s. 457; Umur, **Roma Hukuku**, s. 7; Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 1-2; Kaser, **Roman Private Law**, s. 61.

<sup>229</sup>Di Marzo, **a.g.e.**, s. 153.

arazi), hayvan ve kölelerden oluşan bir mameleke, aileyi koruyan atalardan kalan iyi ve kuvvetli ilahlara ve her evde yanmakta olup, ilk olarak çok eski bir atanın yakmış olduğu kabul edilen bir ateşe sahipti. Ateşin nesilden nesile yanmaya devam etmesiyle, ailenin geçmişi ile o andaki durumu birbirine eklenirdi. *Familia*'nın *familiae*'ye (ailelere) bölünmesiyle, aileleri oluşturan bireyler arasındaki bağ (*agnatio*) devam etmekteydi.<sup>230</sup>

### 3.1.1.2. *Cognatio* Hısmılığı

*Ius gentium*'un etkisiyle, *agnatio* hısmılığının yerine *cognatio* hısmılığına dayanılır oldu. Latince'de *cognati* kelimesi ise, aynı anneden doğmuş olma durumunda hısmılık ilişkisinde bulunan kimseler için kullanılırdı. O halde *cognatio*, aralarında kan bağı olan kimseler arasında söz konusu olan hısmılıktı. Anne ve babanın altsoy ve üstsoyundan gelenler ile, ortak üçüncü kimseden yani, civar hısmılarından gelenlerden oluşan *cognatio*, doğal yolla ortaya çıktığı için, bu hısmılığın hukuki bir işlem ile kurulması ya da ortadan kalkması söz konusu olamazdı. Hısmılığın kaçınıcı dereceden olduğu, hısmılar arasındaki doğumların sayısına göre tespit edilirdi. Roma Hukuku'nda *cognatio* hısmılığı, evlenme engelleri bakımından önem taşımaktaydı. Ayrıca vesayet bakımında da *cognatio* hısmılığı önem taşıyordu. Şöyle ki, aynı anadan meşru ya da gayrimeşru olarak doğan çocuklar, birbirlerinin ve annelerinin *cogna*'sı sayılıyorlardı.<sup>231</sup>

### 3.1.2. Roma Ailesinin (*Familia*) Devlet (*Civitas*)'in İlk Oluşum Şekline Etkisi

Bazı yazarlara göre, Roma'da en eski aile şekli, birden çok aileden oluşan, *gens*(kabile) idi.<sup>232</sup> *Civitas*'tan önce gelen küçük devlet oluşumu *gens* olarak

<sup>230</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 153-154; Hulüsi Selek, "Roma Hukukuna Göre aile Müessesesi", **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı 1-5: 214-232, (1936), s. 220.

<sup>231</sup> Frier – McGinn, **a.g.e.**, s. 16; Honig, **a.g.e.**, s. 157; Berki, **Roma Hukuku**, s. 141; Karadeniz, "Aile (Roma Hukukunda)", s. 457-458; Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 248; Burdick, **a.g.e.**, s. 214; Kaser, **Roman Private Law**, s. 61.

<sup>232</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 62; Mayer-Maly, **a.g.e.**, s. 43; Berki, **Roma Hukuku**, s. 142; Okandan, **a.g.e.**, s. 20.

tanımlanıyordu.<sup>233</sup> Her *gens*'in kendine ait bir dini ve *gens* üyelerinin geçimini sağlamak için müştereken ekilen bir arazisi vardı. *Gens*'e dahil olan ailenin üyeleri, “reis (şef)” olarak da adlandırılan, aynı babanın egemeliği altında yaşarlardı. Reis, aile üyesi olmayan yabancı bir kimseyi, evlat edinme yolu ile, *gens*'in içine sokabilirdi. Ayrıca reis, *gens* üyesi olan bir kimsenin bu üyeliğine, kanuni ve dini yollar ile son verebilirdi. Her *gens* kendi reisinin ismini taşırdı. Herhangi bir *gens*'in üyesi, ait olduğu *gens*'in ismi ile anılırdı.<sup>234</sup>

*Bonfante*'ye göre, Roma'nın eski devirlerindeki *familia*, *gens*, aşiret gibi oluşumların ortak amacı, kendilerini savunmak ve düzenli bir şekilde yaşamaktı. Her bir oluşum devletin fonksiyonlarını yerine getirirdi. Çeşitli *gens*'lerin bir araya gelmesiyle, *civitas* denen devlet oluşumu meydana gelmiştir. O halde *gens*, Roma devleti kurulmadan önce siyasi öneme sahipti.<sup>235</sup> XII Levha Kanunu'ndan önce, *gens*'i oluşturan ailelerin bir aile babası (*pater familias*)'nın egemenliği altında, ayrı aile grupları haline geçtikleri söylenir. Böylelikle Roma ailesinin, aile babası egemenliği altında olacak biçimde, özel hukuk mutlakiyet rejimi ile idare olunan aile tipi haline gelmiş olduğu söylenir.<sup>236</sup> Öyle ise Roma aile yapısının incelenmesinin, Roma devletinin oluşumunun ilk şekli hakkında bilgi sahibi olunması açısından da ayrı bir önemi vardır. Bazı yazarlar ilk devlet şeklinin kaynağının “*familia* (aile)” olduğunu iddia ederken, bazıları bunun kaynağının “*gens* (kabile)” olduğunu iddia ediyorlardı. Ancak çeşitli kaynaklar incelendiğinde açıkça görülüyor ki, Roma başlangıçta, *civitas*

---

<sup>233</sup> *Gens*'in kaynağı hakkında iki önemli görüş vardı. Bu görüşlerden biri, Alman tarihçi Niebuhr'a aittir. Niebuhr'a göre *gens*, devletin yarattığı suni bir kurumdur ve *gens* üyelerini birbirine bağlayan unsur doğal kan bağı değil de, ortak bir soyadına sahip olmaktır. Jhering ve Maine'in ileri sürdüğü görüşe göre ise *gens* doğal kan bağına dayanmaktadır ve dolayısıyla, aynı atalara sahip olan kimseler aynı *gens*'in üyesi sayılırlar. Bu görüşe göre, *gens*'i oluşturan aile grupları devlet fonksiyonu taşırlar ve adeta *gens*, aile ile *civitas* arasında bir geçit oluşturur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Roma Hukuku**, s. 6.

<sup>234</sup> Ventura, **a.g.e.**, s. 55-56; Okandan, **a.g.e.**, s. 18.

<sup>235</sup> Pietro Bonfante, **Istituzioni di Diritto Romano Milano** (Milano: Giuffrè Editore, 1987), s. 121-122; Kaser, **Roman Private Law**, s. 62; Giovanni Pugliese (Çev.: Ziya Umur), “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, **İ.Ü.H.F.M.**, Cilt XXII: 339-349, (1956), s. 340; Umur, **Roma Hukuku Lüğatı**, s. 79; Okandan, **a.g.e.**, s. 19; Umur, **Roma Hukuku**, s. 6.

<sup>236</sup> Berki, **Roma Hukuku**, s. 142.

denen çok küçük bir şehir devleti idi. Bilindiği üzere *civitas*, yani şehir devleti, örgütlenmiş Roma kavmi olarak da ifade ediliyordu.<sup>237</sup>

### 3.1.3. Roma'da Aile İsimlerinin Şekil İtibarıyla Önemi

Günümüzde bir kimseyi diğerlerinden ayırmaya yarayan en belirgin tanıtım araçları, diğer bir deyişle, bir kimsenin kişiliğini başkalarına tanıtmak için kullanılan sembolik kelimeler, “ön ad (öz ad)” ve “soyad” olarak bilinir. Roma'da ise, ailelerin başkaları tarafından tanınması için taşıdıkları isimler, *nomen* ve *cognomen* olarak bilinirdi. Herhangi bir aile, öncelikle ait olduğu topluluğun yani *gens*'in ismini, “*nomen*” yani gerçek isim olarak taşıyordu. En önemli isim *nomen* idi. Herhangi bir *familia*, buna benzer şekilde, ikinci bir isimle daha anılırdı. Bu ikinci isim ise, Roma'da *familia* ismi olarak taşınan, “*cognomen*” denen isimdi. *Cognomen*, aynı *gens* içindeki aileleri birbirinden ayırt etmeğe yarardı. Roma'da kişi adları ise “*praenomen*” olarak bilinirdi. Örneğin, *Publius Licinius Crassus* adlı bir kimsenin *praenomen*'i *Publius*'tur, *nomen*'i *Licinius*'tur, *cognomen*'i ise *Crassus*'tur. Bu kimse, *Licinia* adlı *gens*'in ve *Crassi* ailesinin bir üyesidir.<sup>238</sup>

Roma'da yaklaşık olarak otuz tane kişi ismi (*praenomina*) olduğu bilgisi günümüze ulaşmıştır. Kişi isimlerinin fazla olmamasının sebebi, aynı aile üyelerini ayırt etmeğe yarayacak kadar kişi isminin yeterli olmasıdır. Nitekim, kişiler üyesi oldukları aileler ve bu ailelerin ait olduğu *gens*'ler nezdinde toplumda yer edinmişlerdi. Önceleri kullanılmış olan bazı isimler ise, zaman içinde fazla kullanılmadıkları için, zaten az olan isim sayısı daha da aza inmiştir.<sup>239</sup> Kadınların ve çocukların kişi adları (*praenomina*) yoktu. Bir mezar kitabesinde, çocuğun kişi adı değil, aile babasının ismi ve kimin çocuğu olduğu, kaç yaşında olduğu ibareleri yer aldığı görülmüştür. En çok kullanılan isim ise, *nomen* (gerçek isim)'ler idi. *Nomen*'lerin en fazla önem taşıdığı alan, borç

<sup>237</sup> Oldukça tartışmalı olan, ilk devlet şeklinin kaynağı konusunda, ırkların ve yerleşim yerlerinin özellikleri dikkate alındığında belirtilmelidir ki, örgütlenmiş ilk topluluklar bazı yerlerde *familia*, bazı yerlerde ise *gens* olarak kurulabilmişlerdir. Bu toplulukların herhangi birine dahil olan bir kimse, kan bağı sebebi ile değil ancak o grubu idare eden bir reisin egemenliği altında olmakla hukuken birleşirlerdi. Bu kimselerin eğer isterlerse kendi arzuları ile bir gruptan başka bir gruba geçebilirlerdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Roma Hukuku**, s. 5-6; Okandan, **a.g.e.**, s. 20-21.

<sup>238</sup> Paribeni, **Roma Ailesi**. Çev.: Şemseddin Talip (İstanbul: A. İhsan Basımevi, 1935), s. 71; Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 154.

<sup>239</sup> Paribeni, **a.g.e.**, s. 71.

ilişkileriydi. Eski dönemlerde borç ilişkisi kişiye çok sıkı şekilde bağlı olduğu ve âdeta bir kimsenin alacağı ile söz konusu alacaklının şahsı aynı anlama geliyormuş gibi düşünüldüğü için, alacak, alacaklının ismi ile anılıyordu. *Nomen*'leri, *gens*'in kadın ve erkek tüm üyeleri aynı şekilde kullanabildiği gibi, evlat edinilen kimseler, azad edilen köleler ve bazı durumlarda Roma vatandaşlığına kabul edilen yabancılar da kullanabiliyorlardı. Kadınlar bazı durumlarda, Latince *filia* kelimesi ile birlikte babasının adı da ilave edilmiş şekilde ya da yalnızca kocanın adı ilave edilmiş şekilde *cognomen* kullanabiliyorlardı.<sup>240</sup> Eğer bir kimse evlat edinilirse, kendisini evlat edinmiş babasının soyadını, dolayısıyla içine girmiş olduğu ailenin adını alırdı ve *cognomen* olarak da kendi soyadını, *anus* kelimesinin buna eklenmesiyle muhafaza ederdi. Azad edilen köle, ya da Roma vatandaşlığına giren bir yabancı, eğer kendi ismini muhafaza etmeye devam ederse, vatandaş olarak tanınmazlardı. Bunlar, yüksek rütbeli bir idareci de olsalar, kendilerine vatandaşlık verenin *praenomen*'ini ve soyadını almak zorundaydılar. Ancak bu kimseler, kendi eski adlarını *cognomen* olarak kullanmaya devam edebilirlerdi.<sup>241</sup> Öyle ise, Roma vatandaşının ismini oluşturan iki bazen de üç kelimedenden en önemlisi *nomen*'dir denebilir. *Nomen*, “*ius*” eki ile birlikte kullanıldığında, söz konusu ismi kullanan kimsenin şahsiyetini ortadan kaldırır ve o kimseyi kendi *gens*'inin ve atalarının malı haline getirirdi. Görüldüğü üzere, Roma toplumunda oldukça sağlam ve katı kurallara tâbi olan aile birliği anlayışı egemendi. Kişi isimleri ile ilgili sert ve katı kurallar içeren şekilci anlayış, İmparatorluk döneminde değişmeye başladı. Hristiyan dinin gereği olarak, bireyin özgürlüğüne daha büyük önem veriliyordu. Hristiyanlığa göre birey, aile gibi, kendisine en yakın olsa bile hiçbir insan topluluğunun bir parçası sıfatı ile değil, başlı başına birey olması sebebiyle önem taşıyordu. Bu sebeplerle, hristiyanlığın kabulü ile kişiler kendi *gens*'lerinden ayrılmak zorunda kalmışlardı. Hristiyanlıkta, ortaçağın ilk zamanlarında isimler, Romalılar'ın isim kurallarına aykırı şekilde, genellikle tek isim yani ferdin yalnızca kendi ismi (örneğin; Vitiges, Otto, Gregorius vb.) şeklindeydi. Bazen bu isimlere, kişinin fiziki özelliklerini işaret eden sıfatlar da ekleniyordu ve “Kel Otto”, “Topal Gregorius”, “Kısa Gregorius” gibi isimler ortaya çıkıyordu. Bazen de, kişi isimlerine babanın ya da doğduğu memleketin ismi ilave ediliyordu (örneğin; “Rienzo'lu Otto” vb.). O halde

<sup>240</sup> Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 141; Paribeni, **a.g.e.**, s. 71; Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 154.

<sup>241</sup> Paribeni, **a.g.e.**, s. 72.

hristiyanlığın kabulü ile Roma toplumunda pek çok alanda meydana gelen değişikliklerden birisi de, kişilere isim konmasında dahi şekilci anlayıştan uzaklaşılması ve kişinin isminin, üyesi olduğu aile itibarıyla değil de, kendi özvarlığı ile ilgili bir unsur olarak ön plana çıkmasıdır.<sup>242</sup>

### 3.2. Geniş Anlamda Aile (*Familia Communi Iure*)

Roma Hukuku'nda, modern hukuklardan farklı olarak, “dar anlamda aile” ve “geniş anlamda aile” olmak üzere temelde iki çeşit aile anlayışı vardı. Aile kelimesinin diğer anlamlarını ise çalışmamızda daha önce (3.1.'de) incelemiştik. Geniş anlamda aile, ortak ata sağ olsaydı, ortak atanın hakimiyeti (*patria potestas*) altına girebilecek olan tüm aile fertlerinden oluşurdu. Nitekim Roma'da, *pater familias* öldüğünde, aile de var olan erkek çocuğu sayısınca yeni aile ortaya çıkardı. Kız çocuklar için *pater familias* olabilmek söz konusu olamayacağından, bunlar o zaman için aile kuramıyorlardı. Kız çocukların kendi egemenliklerine tâbi kişilerin var olması o zaman için mümkün değildi. *Pater familias*'ın ölümüyle kız çocukların durumunda meydana gelen önemli gelişme, *pater familias*'ın hakimiyetinden kurtulmaları, dolayısıyla artık *alieni iuris* durumundan *sui iuris* durumuna gelmeleridir. Geniş anlamda aile, *pater familias*'ın hakimiyetinden kurtulmuş olan kız evlatları ve bölünmüş aileleri de içine alıyordu. Çeşitli kaynaklardan edindiğimiz bilgiye göre, geniş anlamda ailenin üyelerinin kimler olduğu, en çok Miras Hukuku ilişkileri açısından önem taşıyordu. Geniş anlamda aile, vasi atanması konusunda da önem taşıyordu. Ancak bunun yanında önemle belirtmeli ki, Roma Hukuku'nda aileden bahsedildiğinde akla gelen aile tipi, dar anlamda aile idi.<sup>243</sup>

#### 3.2.1. Geniş Anlamda Aile (*Familia Communi Iure*)'nin Kapsamı

Roma'da *familia* kelimesinin çeşitli anlamları olduğunu bilmekteyiz. *Familia* dendiğinde akla ilk gelen, kişilerin mensup olduğu aile yani, evin reisi (*pater familias*) ile onun hakimiyeti altında bulunan kimselerin bütünüdür. Ancak bazen *familia*

<sup>242</sup> Paribeni, *a.g.e.*, s. 73; Sanfilippo, *a.g.e.*, s. 154.

<sup>243</sup> John Spencer Muirhead, *An Outline of...*, s. 68; Sanfilippo, *a.g.e.*, s. 153; Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 155; Özcan Karadeniz, “Aile (Roma Hukuku'nda)”, s. 456-457.

kelimesi ile kastedilen, kişilerin sahip olduğu müşterek hayat olabileceği gibi, ortak soydan gelen kimselerin ya da ev halkının, evbirliği içindeki müşterek malları da dahil olmak üzere, oldukça geniş bir kavram olabilir. Bazı yazarlara göre, *familia* kelimesi ile asıl vurgulanmak istenen aile babasının şahsiyeti ve mutlak hakimiyeti (*patria potestas*)’dir. Roma’da evlilik kurumu, ailenin birinci derecede temelini teşkil edememektedir. Evlilik kurumuna ve aile kurumuna tesir eden güç, *patria potestas*’tır. *Patria potestas*, öyle bir güçtü ki, aile babası yaşadığı sürece, onun soyundan gelenlerin mal iktisap etmek yetkisini kaldırır ve böylelikle aile babasının yönetimi altında, aile bünyesindeki hür evlatlarını ve köleleri, başka bir deyişle, ailenin insanlarını ve mallarını aynı seviyeye getirirdi.<sup>244</sup>

Roma ailesinin en basit haliyle kapsamı, *Digesta*’da aşağıdaki şekilde yer alır:

**D. 50.16.195.2:** “...*Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae...*”

**D.50.16.195.2:** “...Doğal yolla ya da hukuki yolla bir tek kişinin hakimiyeti altında bulunan kimseleri aile olarak adlandırırız...”<sup>245</sup>

Roma ailesinin üyeleri, aile babası (*paterfamilias*) ve onun mutlak hakimiyeti (*patria potestas*) altında olan kimselerdir.<sup>246</sup> Aile babasının soyundan gelenler yani aile babasının torunları, *manus* altında bulunmaları şartıyla aile babasının karısı, gelinleri, torunlarının karıları, ailenin üyeleri olarak bilinir.<sup>247</sup>

Ailenin reisi olan *pater familias* yani aile babası, Roma ailesindeki tek *sui iuris*<sup>248</sup> idi. Romanın ilk zamanlarında, her Roma ailesinin kendine özgü bir dini olduğundan, her aile babası, aynı zamanda evin baş rahibi sayılırdı. Aile reisinin

<sup>244</sup> Alan Watson, **Society and Legal Change** (Second edition. Philadelphia: Temple University Press, 2001), s. 23-24; Umur, **Roma Hukuku**, s. 374-375; Selek, **a.g.m.**, s. 223; Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 42-43; Karadeniz, “**Aile (Roma Hukuku’nda)**”, s. 456; Türkân Rado-Basman, “Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri”, **İ.Ü.H.F.M.**, Cilt VIII, Sayı 1-2: 530-544, (1942), s. 531-532.

<sup>245</sup> Mommsen, Krueger, Watson, **a.g.e.**, s. 950.

<sup>246</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 60.

<sup>247</sup> Jane F. Gardner, **Family and Familia in Roman Law and Life** (United States: Oxford University Press, 1998 ), s. 1.

<sup>248</sup> *Sui iuris*’ler, kendi hukukundan olan kimselerdi. Bunlar, bir aile reisinin hakimiyeti altında olmayan, haklara ehil olan, kendi başlarına iktisapta bulunabilen kimselerdi. Bkz.: Umur, **Roma Hukuku Lüğati**, s. 206.

hakimiyeti (*patria potestas*) altında olan ve aile çatısı altında toplanan yukarıda belirttiğimiz kimseler ise, *alieni iuris* olarak adlandırılırdı. *Alieni iuris*'ler, başkasının yani aile babası (*pater familias*)'nın hukukuna tâbi kimseler olduklarından, baba hakimiyeti (*patria potestas*) altında bulunmaları sebebiyle, hak sahibi olamayan ve kendi hesaplarına iktisapta bulunamayan kimselerdi. O zaman için aile özerk bir birim olarak kabul edilip, kendine özel hukuku ve örf ve adetleri var olduğundan, aile babası adeta ailenin hakimi gibiydi. Aile babası, aileye ait mallara da hakimdi, malları yönetirdi. Ailenin üyeleri, mal birliği gereği, ziraat faaliyeti etrafında iş ortaklığı yapmak zorundaydılar. Bu faaliyet de aile babası tarafından düzenlenirdi ve yönetilirdi. Aile babası, istediği mirasçıyı kayıtsız şartsız mirastan yoksun bırakabilirdi. Aile babası, aile içinde kötü davranışlarda bulunan olursa, suçluları cezalandırmak, hapsetmek, dövmek hatta öldürmek hakkına sahipti. Bu hakka Latince “*ius vitae ac necisque*” deniyordu. Aile üyesi olan bir kimse dışarıda herhangi bir suç işlerse, aile reisi onu zarar gören kimseye ya da onun ailesine teslim edebilirdi. Ayrıca aile babası isterse aile evladını satabilir, kiralayabilirdi. *Patria potestas* öyle bir yetkiydi ki, aile babasına yeni doğmuş çocukları terk etme ve öldürme hakkını bile verirdi. Ancak, Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru, aile babasının sahip olduğu yetkilerde kısıtlamaya gidildi çünkü *patria potestas*'ı kullanan aile babaları çoğu zaman suistimalde bulunuyorlardı. İmparatorluk döneminde de *patria potestas*'ın uygulama alanı daraltılmaya devam etti. Hristiyanlığın kabulünün etkisiyle, M.S. IV. yüzyıldan başlayarak, işlenen suç baba hakimiyetinin verdiği yetkiyle cezalandırmanın yerini, suç teşkil eden durumun kamu menfaati açısından sakınca oluşturması sebebi ile “devlet eliyle cezalandırma” aldı. Buna göre artık, yeni doğan çocuğu öldüren bir baba idam cezası ile cezalandırılacaktı. *Iustinianus*, ailede yeni doğmuş çocukların terk edilmelerini, suç işleyen aile evlatlarının suçtan zarar görene teslim edilmelerini, zaruret hali dışında yeni doğan çocukların satılmasını yasakladı. Nitekim *Institutiones*'te, *patria potestas*'ın *Iustinianus* devrinde de işlevini sürdürdüğü belirtilmiştir. Ancak o devirde, *patria potestas* artık yalnızca aile babasının aile içinde disiplin kurmasına yarayan ve çocukları terbiye etmesini sağlayan bir yetki haline gelmişti.<sup>249</sup>

---

<sup>249</sup> Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 245; William V. Harris, “The Roman Father’s Power of Life and Death”, **Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller**. Ed.: Roger s. Bognall and William V. Harris (Netherlands,1986, ss.81-97), s. 81 vd.; Umur, **Roma Hukuku**, s. 388-389; Bonfante,



### 3.2.2. *Patria Potestas* (Baba Egemenliği)'in Hükümü

Roma Aile Hukuku'ndaki bir hakimiyet ilişkisi olan *patria potestas*, daha önce de belirtildiği gibi, aile reisine ait bir güçtü.<sup>250</sup> *Patria potestas*'a (baba egemenliğine) dayanan sistem, Roma tarihinin en eski zamanlarında var olan bir sistemdi. Yalnızca aile babası *sui iuris* (kendi hukukuna tâbi) olduğundan, ailenin diğer üyeleri aile evladı olarak, *alieni iuris* konumundaydılar. Roma Hukuku'nda baba egemenliğine sahip olabilmek için kişi, yaş bakımından sınırlandırılmazdı. Ancak, dinsel hukuk ve *familia*'ya ilişkin örf-adet gereğince cinsiyet yönünden sınır getirilerek, kadının aile babası olmasına izin verilmemişti.<sup>251</sup> *Patria potestas*, ancak aile babasının ölümü ile son bulurdu. Erkek aile evlatları, aile babası ölene kadar, yaşları ilerlemiş de olsa, evlenmiş de olsalar, baba hakimiyetinde kalmaya devam ederlerdi. *Patria potestas*'a sahip olan aile reisi genellikle; baba, büyük baba ya da büyük babanın babası gibi kişilerdi. *Patria potestas* ile hakimiyet altına alınan kimseler ailenin doğumla ya da evlat edinme yöntemi ile üyesi olan çocuklar olabileceği gibi, *manus* ile evlilik yapan kadın ve ayrıca köleler de olabilirdi. Roma Hukuku'nda *patria potestas* ile aile reisinin elinde bulundurduğu hakimiyet, hakimiyet altında bulunanlar açısından eş bir güçmüş gibi gözükse de aslen öyle değildir. Nitekim Koschaker'e göre; "*patria potestas* ile ilgili olarak, hukukun belirlediği şekil, sosyal şeklin gerisinde kalmıştır". Çünkü hukukun, hakimiyet altında bulunan kimseleri eş görmüş olmasına karşın, sosyal açıdan hakimiyet altında bulunan kimseler, toplumdaki benzer statüdeki kimseler değildi. Şöyle ki, ailede *manus* ile evli bulunan kadının sosyal statüsü, çocuklardan ve kölelerden farklı olmakla birlikte, sahip olunan haklar bakımından annenin durumu, aile evlatlarından farklı değildi. Yani, hukuki bakımdan anne, adeta çocukların kız kardeşi gibi görülüyordu. Aynı ailenin üyesi olan hür kimseler, yarı yarıya hür olanlar ve hür olmayanlar arasında da *patria potestas*'a tâbi olma bakımından fark vardı. Aile içinde *patria potestas*'a tâbi olan hür kimseler, aile babasının ölümüyle bundan böyle *patria potestas*'a tâbi olmaktan kurtulurlardı. Aynı ailedeki, başkasının hakimiyeti altındaki yarı hür kimseler

---

a.g.e., s. 124 vd.; Sanfilippo, a.g.e., s. 154-155; Rado-Basman, a.g.m., s. 531-532; Pugliese, a.g.m., s. 341 ve s. 348.

<sup>250</sup> Burdick, a.g.e., s. 214; Kaser, **Roman Private Law**, s. 60.

<sup>251</sup> Burdick, a.g.e., s. 254; Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 244-245; Haluk Emiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının Durumu** (Ankara: 2003), s. 34.

ve hür olmayan kimseler ise, aile babasının ölümü ile bundan böyle başkasının hakimiyeti altına girerlerdi.<sup>252</sup>

Günümüz hukukunda baba hakimiyeti, çocuğun yararı için var olan koruyucu bir hakimiyettir. Roma Hukuku'nda ise çocuğun yararına değil de, aile reisinin yararına hizmet eden bir hakimiyetti. Nitekim Roma'da *patria potestas*'ın, aile babasının şahsi yararına yönelik olması ve malvarlığına ilişkin hakimiyet unsurları içermesi ön plandaydı. Ayrıca günümüz hukukunda, babanın ölümünden sonra, onun bu koruyuculuk görevi tarzındaki hakimiyet yetkisi anneye de geçebilmektedir. Oysa Roma toplumunda *patria potestas*'a kadınlar hiçbir şekilde sahip olamazlardı.

*Patria potestas* aile babasına dört grup yetki sağlardı. Bunlar; yaşama ve ölüm kararı verme yetkisi, ailenin içindeki kendisine tâbi kişileri ve dolayısıyla kendi çocuklarını Roma sınırları içinde ya da Tiber nehri ötesine yani Roma devleti sınırları dışına *mancipatio* ile satma yetkisi, dilediğinde aile evlatlarının evlenmesine ve boşanmasına karar verme yetkisi, hakimiyeti altında bulunan bir *alieni iuris*'i hakimiyetten çıkararak *sui iuris* durumuna getirmeye ilişkin işlem olan *emancipatio*'yu ya da aileye yabancı bir kimsenin *filius familias* sıfatı ile Roma ailesine katılmasını sağlayan evlat edinmeye ilişkin işlem olan *adoptio*'yu dilediğinde yapma yetkisi idi.<sup>253</sup>

Kişisel ilişkiler bakımından *patria potestas* incelendiğinde, öncelikle görünen odur ki bu güç, *ius vitae ac necisque* gereği aile evlatlarının hayatına hükmederdi. Aile babası *patria potestas* dahilinde, aile evladının ölümüne dahi karar verebilirdi. Buradan çıkan sonuç, bazı durumlarda aile babasının aile evladını affedip ona yaşama hakkı da tanıyabileceğidir. Bunun yanında, *patria potestas* ile aile babası aile evlatlarının suçları hakkında cezai karar da vermekteydi. Cumhuriyet döneminde aile babasının bu hakkı  *censor*'ların kontrolü ile yerine getirilirdi. İmparatorluk döneminde, babanın *patria potestas*'a bağlı *ius vitae necisque* hakkını kötüye kullanması yaptırıma bağlanmıştı. Bu hak 4. yüzyılda hüküm doğurmaya devam ediyordu. Uzun zamandır hüküm süren *patria*

---

<sup>252</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 325; Burdick, **a.g.e.**, s. 253; Pugliese, **a.g.m.**, s. 339-340; Kaser, **Roman Private Law**, s. 62; Selek, **a.g.m.**, s. 223-224; Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 46-47.

<sup>253</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 60; Kaser, **Roman Private Law**, s. 61.

*potestas*'a bağlı *ius vitae necisque* yetkisi, 5. yüzyılda imparator *Constantinus* tarafından resmen kaldırılmıştı.<sup>254</sup>

Bundan başka aile reisi, ailede kendisine tâbi bulunan kimseleri ve dolayısıyla kendi çocuklarını *mancipatio* ile satabilirdi. Aile evladı, memleket dışına yani eski formülle, devletin sınırı olan “Tibet ötesi”ne satılmışsa, bu durumda aile evladının statüsü değişir ve köle olurdu.<sup>255</sup> Aile evladı memleket içinde satılırsa, vatandaşlık hakkını korurdu, kendisini satın alan kimse yanında *persona in mancipio* uyarınca, özel hukuka göre özgür olamayan kimse durumuna gelirdi. Aile evladını satın alan aile reisinin başkası tarafından kendisine devredilmiş olan aile evladı üzerindeki hakimiyetine *mancipium*<sup>256</sup> denirdi. Aile evladının satılmasını, eski zamanda henüz *locatio conductio operarum* yani hizmet akdi var olmadığından, aile evladının çalışma gücünün değerlendirilmesi bakımından bir yöntem olarak değerlendiren yazarlar vardır.<sup>257</sup> Bunun yanında, aile evladının haksız fiil işlemesi durumunda, işlenen haksız fiil sonucunda oluşan zarar aile reisi tarafından maddi olarak tazmin edilmemişse, *noxae datio* uyarınca haksız fiili işleyen aile evladı, aile reisi tarafından bundan böyle *noxa* olarak zarar gören kimsenin hakimiyetine devredilebilirdi. Aile evladı bu durumda köle olmazdı ancak *mancipium* altına girmiş olurdu. Zarar gören kimse, söz konusu aile evladını çalıştırırdı, ancak zararı giderildikten sonra ise aile evladını azat etmek zorundaydı.<sup>258</sup> Başkasının hakimiyeti altındaki aile evladı, kendisini satın alan kimse tarafından serbest bırakılırsa, doğrudan eski aile babasının hakimiyeti altına yeniden girmiş olurdu.<sup>259</sup>

---

<sup>254</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 61; Alan Watson, “Roman Private Law and The Leges Regiae”, **The Journal of Roman Studies**, Vol.62:100-105, (1972), s. 102; Selek, **a.g.m.**, s. 225; Rado-Basman, **a.g.m.**, s. 531; Karadeniz, “**Aile (Roma Hukukunda)**”, s. 458-459.

<sup>255</sup> Jane F. Gardner, **Being A Roman Citizen** (New York: Routledge, 2005), s. 14.

<sup>256</sup> İktidarı temsil eden *manus*'tan kaynaklanan *mancipium* kelimesi, Cumhuriyet döneminde ve *Principatus* döneminin başlarında, ferdin mal üzerindeki hakimiyeti anlamına gelen mülkiyet kavramını ifade etmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 132; Gardner, **Being A Roman...**, s. 14; Koschaker, **a.g.e.**, s. 326.

<sup>257</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 326; Bonfante, **a.g.e.**, s. 144-145.

<sup>258</sup> Gardner, **Being A Roman...**, s. 12; Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 142; Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 51.

<sup>259</sup> XII Levha Kanunu zamanında, aile evladını satma ve satın alma hakkının kötüye kullanılmasının hoş görülmemesi sebebiyle, üç kez satılan aile evladı üzerinde *patria potestas*'ın hükmünün kalmayacağına karar verildi. Kızlarda ise durum farklıydı, şöyle ki, onlar bir kez satılınca artık üzerlerinde *patria potestas* kalkmış oluyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Koschaker, **a.g.e.**, s. 326.

Klasik Öncesi dönemde *patria potestas*'ın verdiği yetki ile aile reisi, *manus*'suz evlenen kız çocuğunun boşanmasına karar verebilirdi. Ancak İmparatorluk dönemindeki hukuki düzenlemeye göre, önemli bir sebep olmadıkça ya da kanundan kaynaklanan bir sebep olmadıkça aile reisinin bu şekilde kız evladının boşanmasına karar verme yetkisi yoktu.<sup>260</sup>

Aile reisinin, *patria potestas* dahilinde sahip olduğu yetkilerden, hakimiyeti altında bulunan bir *alieni iuris*'i hakimiyetten çıkararak *sui iuris* durumuna getirmeye ilişkin işlem olan *emancipatio*'yu ve aileye yabancı bir kimsenin *filius familias* sıfatı ile Roma ailesine katılmasını sağlayan evlat edinmeye ilişkin işlem olan *adoptio*'yu yapabilme yetkisine, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

### 3.2.2.1. Aile Evlatları Üzerinde *Patria Potestas*'ın Kuruluşu

#### 3.2.2.1.1. Doğumla

Doğum, *patria potestas* altına girmenin en doğal yoluydu. Klasik dönemde, aile babasının kendisinin ya da baba egemenliği altında yer alan erkek çocukların ya da torunların, *ius civile*'ye göre geçerli şekilde yapılmış olan evliliklerden doğan çocukları, kendiliğinden aile babasının egemenliği altına girmiş kabul edilirdi. Ailenin kadınlarının *ius civile*'ye göre geçerli evliliklerden doğan çocukları ise, çocuklarının babalarının egemenliğine ya da çocukların babalarının bağlı bulunduğu babanın egemenliği altına girerlerdi. Ailenin kadınlarının *ius civile*'ye göre geçerli olmayan evliliklerden doğan çocukları ile baba arasında hukuki bağ kurulmamış sayılırdı. Bu durumda çocuk doğum ile, annesinin bağlı bulunduğu baba egemenliğine dahil olurdu.<sup>261</sup> Bir Roma vatandaşı, hata ile, Roma vatandaşı sanmış olduğu yabancı bir kadınla evlenirse, bu evlenme *ius civile*'ye göre geçerli olmayan evlilik sayıldığından, çocuk babanın hakimiyeti altına giremez, annenin hukuki durumuna bağlı

<sup>260</sup> Burdick, *a.g.e.*, s. 259; Selek, *a.g.m.*, s. 225.

<sup>261</sup> Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 157.

olurdu. Ancak hata ispat edilirse, anne ve çocuk Roma vatandaşlığını kazanıp babanın egemenliğine girerlerdi.<sup>262</sup>

### 3.2.2.1.2. *Adoptio*

Doğum dışında baba egemenliği altına girmek, hukuki yolla yani evlat edinme ile mümkündü. *Adoptio*, evlat edinme yollarından biriydi. Geniş anlamda *adoptio*, aileye yabancı bir kimsenin, *filius familias* sıfatıyla Roma ailesinin bir üyesi olmasıydı. *Adoptio* yöntemi, aile birliğini genişletme aracı olarak kullanılmıştı. Aileye yabancı olan bu kimse, başka bir ailenin reisi olsaydı, aileye kabul edilmesine, aşağıda inceleneceği üzere *adrogatio* ismi verilirdi. Dar anlamda *adoptio* ise, önceden başka bir aile babasının hakimiyeti altında olup başka bir ailenin üyesi bulunan bir kimsenin, *filius familias* olarak başka bir aileye girmesini ifade ederdi. *Adoptio* ve aşağıda inceleyeceğimiz *adrogatio*'nun amacı, ailenin kazancını arttırmak ve savunmasını sağlamak, zirai faaliyeti sürdürmek, ailenin ismini sürdürmek için, aileye yabancıların katılımının ilk başta uygun görülmesiydi. Roma'da erkek evlat sahibi olmak önemliydi. Erkek evladı olmayan, ancak olmasını isteyen *pater familias*, *adoptio* ve *adrogatio* yoluyla bunu sunî olarak sağlayabiliyordu. Evlat edinme olanağı, kendi çocukları üzerinde hakimiyet sahibi olamayan kadınlara verilmezken, bekârlara verilirdi.<sup>263</sup>

Klasik dönemde, sürmekte olan baba hakimiyetinin son bulması şu şekilde vuku bulurdu: Roma'da *praetor* huzurunda, eyaletlerde vali huzurunda, evlat edinenin görünüşte bir hak elde etme talebi söz konusu olurdu. Bunun üzerine *magistra*, evlat edinileni, hak talep etmiş olan evlat edinene teslim ederdi. *Iustinianus* zamanında, evlat edinen ve evladı ona teslim eden her iki aile reisi ve evlat edinilen kimselerin birlikte, hiçbir şekli işleme gerek olmaksızın yapılan işlemi mahkeme kalemine kaydetmeleri ile *adoptio* işlemi tamamlanmış olurdu.<sup>264</sup>

<sup>262</sup> Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 156.

<sup>263</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 117-118; Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 48-49; Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 157; Mayer-Maly, **a.g.e.**, s. 45-46; Karadeniz, "**Aile (Roma Hukukunda)**", s. 458.

<sup>264</sup> Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 18.

Klasik hukukta, konuşamayan bir çocuğun da evlat edinilebiliyor olması, evlat edinilenin rızasının aranması kuralının istisnaen yumuşatılabileceğini gösteriyordu. Yine bu konu ile ilgili olarak, evlat edinmenin adeta doğayı taklid etmeye benzediği görüşü yaygındı. Buna göre, doğada baba, çocuktan küçük olamayacağına göre evlat edinen ile evlat edinilenin yaşları arasındaki fark olmalıydı. Bu nedenle, *Iustinianus* hukukundaki düzenlemeye göre, evlat edinenin evlat edinilenden 18 yaş büyük olması gerekiyordu.<sup>265</sup>

Roma Hukuku'nda farklı durumlarda uygulanan çeşitli evlat edinme şekilleri vardı. *Iustinianus*'un *Institutiones*'ine göre, “*adoptio in solacium amissorum libertorum*” denen evlat edinme şekli uyarınca, aslında öz çocuklarını bile kendi hakimiyetleri altında bulunduramayan kadınların evlat edinmesi söz konusu olamazken, imparatorun hoşgörüsü sonucu, çocuğunu yitiren kadınların bu kayıplarının tesellisi olarak evlat edinmelerine izin veriliyordu.<sup>266</sup>

*Adoptio minus plena*, imparatorluk hukukunun kabul ettiği bir evlat edinme şekliydi. Bu evlat edinme şeklinde, evlat edinilen önceki ailesinden ayrılmazdı ve yeni ailenin parçası haline gelmezdi. Ancak evlat edilen kimse, bu yöntemle mirasçı olma hakkını kazanırdı.<sup>267</sup>

*Adoptio per testamentum* ise, vasiyetname ile evlat edinme şekliydi. Roma'da mirasçı ataması söz konusu olduğunda, vasiyetçinin ismini taşımak zorunluluğu doğardı. Ölmüş bir kimse aracılığıyla baba hakimiyeti (*patria potestas*) kurulması mümkün olmadığından bu yönetime ihtiyaç duyulmuştu. Kaynaklardan edinilen bilgiye göre *Cesar, Octavianus*'u bu şekilde evlat edinmişti. Böylelikle ölmüş kimsenin ismini taşımakla, ahlaki bir görev yerine getirilmiş oluyordu.<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 159-160.

<sup>266</sup> *Iustinianus, Institutiones*, s. 41- 42; Emiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının...**, s. 37.

<sup>267</sup> Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 18.

<sup>268</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 129-130; Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 19.

### 3.2.2.1.3. Adrogatio

*Adrogatio* da *adoptio* gibi, evlat edinme şeklidir. Ancak *adrogatio*'da, evlat edinilen kimse *pater familias*'tır. *Pater familias* olan bir kimse, çeşitli nedenlerle başka bir *pater familias*'ın hakimiyeti altına girecek şekilde evlat edinilebilirdi. Bu durumda *pater familias* artık *alieni iuris* haline gelirdi. Bu şekilde evlat edinilen kimse, daha önce *pater familias* iken, hakimiyeti altında bulundurduğu aile üyeleri ve ayrıca ailenin malvarlığı, bundan böyle evlat edinen aile reisinin hakimiyetine geçmiş olurdu. *Adrogatio* işlemi, *adoptio*'ya nazaran daha önem arz eder nitelikte olduğundan, bu işlem, *populi auctoritate* denen baş rahibin önderliğinde *curia* meclislerinde yapılırdı. Rahip, *adrogatio* işleminin ailenin inançlarına uygun olup olmadığını kontrol eder, eğer söz konusu işlem ailenin inançlarına uygunsa, halk meclisleri *adrogatio* işlemi için toplanırdı. Bu toplantı şu şekilde olurdu: Baş rahip, evlat edinene (*adrogator*'a), evlat edinileni (*adrogatus*'u) evladı yani hakimiyeti altında bir kimse olarak tanımak isteyip istemediğini sorardı.<sup>269</sup> Sonraları, *curia* meclislerinin görevi, onları temsil eden otuz kadar *lictors*'ten oluşan bir kurula geçti. Bundan sonra *adrogatio* işlemi, iki tarafa sorulan sorulardan ve bunlara verilen cevaplardan oluşan şekli bir merasime dönüştü. Bu merasim, *Gaius*'ın *Institutiones* adlı eserinde yer alır. *Gai. Inst.* 1.99'a göre, bu merasimde söylenen Latince sözler şöyleydi: “*Et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat*”, yani, “evlat edinen kimseye, evlat edinme niyetinde olduğu kimseyi meşru evlat gibi almak isteyip istemediği, evlat edinilmek istenen kimseye, evlat edinilmeye razı olup olmadığı, halka ise bunun olmasına rıza gösterip göstermediği sorulur.”<sup>270</sup> Dolayısıyla *adrogatio* işlemini yapabilmek için, *adoptio*'ya göre şekil kurallarına daha sıkı sıkıya bağlı bir yol izlemek gerekirdi denilebilir.

*Adrogatio* işlemi yalnızca Roma'da yapılabiliyordu. Eyaletlerde ise, *adrogatio* yapılabilmesi için imparatora başvurmak gerekiyordu. *Sui iuris* olan bir kimsenin, imparator emriyle evlat edinilmesine “*adrogatio per rescriptum principis*” deniyordu.

<sup>269</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 157; Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 46-47; Gardner, **Family and Familia...**, s. 130.

<sup>270</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 130-131; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 157.

Bu işlem, şekle bağlı olmayan bir işlemdi. Zaman içinde şekle bağlı olan önceki yöntemden vazgeçilmiş, evlat edinme işlemlerinde uygulanan tek yöntem, imparator emriyle evlat edinilmesi yöntemi olmuştu.<sup>271</sup>

#### 3.2.2.1.4. *Legitimatio* (Nesebin Düzeltilmesi)

Roma Hukuku'nda, evlilik dışında doğan çocukların gayrimeşru olma durumları devam ettikçe, bunlar, *patria potestas* altına giremezlerdi. Bu çocukların *patria potestas* altına girebilmeleri için nesebin düzeltilmesi gerekirdi. Bu sebeple, Roma Hukuku'nda velayet altına girmenin bir yolu olarak *legitimatio* düzenlenmişti. *Legitimatio* ile velayet altına girmenin bazı şartları vardı. Bunlar, yalnızca *concubinatus*<sup>272</sup> ile doğan bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi mümkün olması ve Roma Hukuku'nda hakim kararıyla nesebin düzeltilmesinin mümkün olmamasıdır.<sup>273</sup>

*Legitimatio* üç şekilde yapılıyordu. Bunlar; *legitimatio per matrimonium subsuequens* (ana-babanın sonradan evlenmeleri ile nesebin düzeltilmesi), *legitimatio per oblatio in curi* (*decurion* olmakla nesebin düzeltilmesi) ve imparatorun izni ile nesebin düzeltilmesi idi. Aşağıda, bu üç şekil *legitimatio* açıklanmaya çalışılacaktır.

*Legitimatio per matrimonium subsuequens* olarak adlandırılan *legitimatio* şekline göre, ana-babanın sonradan evlenmeleri ile nesebin düzeltilmesi mümkündü. Bu şekilde nesebin düzeltilmesi yoluna gidilmesini gerektiren en önemli sebep, Roma toplumunda gayrimeşru çocukların velayet altına alınamıyor olmasından dolayı çözüm yolu olarak görülen *concubinatus*'un zamanla yaygınlaşmasının sakınca arz etmesiydi. Bunu önlemek için *Constantinus*, kendi hükümdarlığı süresi içinde doğmuş olan

<sup>271</sup> Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 19.

<sup>272</sup> *Concubinatus*, kadın ile erkeğin devamlı olarak birlikte yaşamaları halidir. *Principatus* döneminde, *ius civile*'ye uygun bir evlilik olmayan *concubinatus* ile, evlilik dışı yaşam sonucunda söz konusu olabilecek cezalar bertaraf etme amacı güdülmüştür. *Iustinianus* devrinde, genellikle farklı sosyal statülerdeki insanların evlilik kurumundan yararlanabilmeleri için kurulan *concubinatus*'lar, gerçek bir evlilik kadar kuvvetli kurumlar sayılmamaktaydılar. Yine de, kadın ve çocukların yararına olarak, *concubinatus* yolu ile bir arada yaşayanlara, gerçek evlilikler sonucunda söz konusu olabilecek bazı hukuki sonuçlar tanınmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayiter, **Roma Ailesi**, s. 12; J.E.G. de Montmorency, "The Registration of Marriage Under Mediaeval Roman Law", **Journal of the Society of Comparative Legislation, New Series**, Vol.14, No 2:390-399, (1914), s. 390; Bonfante, **a.g.e.**, s. 162-163; Berger, **a.g.e.**, s. 402; Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 42; Voci, **a.g.e.**, s. 556.

<sup>273</sup> Berki, **Roma Hukuku**, s. 155.



çocukların meşru sayılmalarını, ana ve babalarının sonradan evlenmeleri şartı ile kabul etti. M.S. 529 yılında *Iustinianus*, ana-babanın sonradan evlenmeleri ile nesebin düzeltilmesi olarak tanımlanan *legitimatio*'nun bu şeklini yasa haline getirdi. *Legitimatio per matrimonium subsuequens* ile nesebin düzeltilmesinin mümkün olması için bazı şartlar gerekiyordu. Bunlardan ilki, bu şekilde nesebin düzeltilmesi yoluna gidilebilmesi için ana baba arasında hısımlık sebebiyle evlenme yasağı bulunmaması şartı idi. Buna göre, köle bir kadından ya da yabancı bir anadan doğan çocuklar, sonradan evlenme yolu ile nesebin düzeltilmesinden faydalanamıyorlardı. Nitekim her iki kadının da *conubium*'dan<sup>274</sup> faydalanmaları mümkün değildi. İkinci şart, evlilik dışı birlikteliğin sonradan kurulacak olan evlilik akdi ile yasal evliliğe dönüştürülmüş olmasıydı. Üçüncü şart ise çocuğun, nesebin düzeltilmesine itiraz etmemiş olmasıydı.<sup>275</sup>

*Legitimatio per oblatio in curi* (*decurion* olmakla nesebin düzeltilmesi) olarak adlandırılan nesebin düzeltilmesi şekli esasen, vergilerin tahsil edilmesini sağlamak amacıyla getirilmiş bir yöntemdi. İkinci *Theodosianus*'un getirdiği düzenleme ile, gayrimeşru babanın gayrimeşru çocuğu, vergilerin tahsilini sağlamak amacıyla “*decurion*” olarak veriliyordu. *Decurion*'lar, Roma'da görevleri arasında vergi toplamak da bulunan ve başka ağır sorumluluklara da sahip olan asilzade sınıfı idi. Görevlerini yerine getirebilmek için mameleklerini teminat olarak gösterme zorunluluğu gibi ağır mükellefiyetleri bulunan *decurion*'luğa, zamanla kimse istekli olamaya başlamıştı. Bunun üzerine vergi toplama işlemi aksar duruma geldiğinden, M.S. IV. yüzyıldan başlayarak *decurion*'luk zorunlu ve babadan oğula geçer hale getirildi.<sup>276</sup> O halde *decurion*'luk, mali idare politikasından doğan bir nesebin düzeltilmesi şekli idi. Zamanla *legitimatio per oblatio in curi* yolu ile nesebin düzeltilmesi yolu, meşru çocuğu olanlar için de tanınmış ve vasiyet yoluyla bunun tesis edilmesi de mümkün hale gelmişti.<sup>277</sup> İmparator izni ile *legitimatio* ise bir diğer nesebin düzeltilmesi yöntemi idi.

<sup>274</sup> *Conubium*, Roma hukukuna göre geçerli şekilde evlenebilme ehliyeti olarak tanımlanır. Bu ehliyet, Roma vatandaşlarına ve Romalıların söz konusu hakkı tanıdıkları yabancılara özgüydü. *Conubium*'a sahip olmak için, özgür ve Roma vatandaşı olmak gerekirdi. İki Roma vatandaşının evlenebilmesi için, aralarında yakın akrabalık olmaması ve yine aralarında toplumsal statü farkı olmaması vb. şartlar aranıyordu. Özellikle erkeklerin *conubium*'a sahip olması gerekirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 49; Emiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının...**, s. 73.

<sup>275</sup> Berki, **Roma Hukuku**, s. 155-156.

<sup>276</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: *D.50.2*

<sup>277</sup> Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 55.

*Iustinianus* M.S.538 yılında çıkardığı *novella* ile, imparator'dan izin almak yoluyla nesebin düzeltilmesini mümkün hale getirdi.<sup>278</sup>

### 3.2.2.2. Kadınlar Üzerinde *Manus*'un Kuruluşu (*Conventio in Manum*)

Roma Hukuku'nda kadının *patria potestas* altına alınması, kadın üzerinde *manus* kurulması ile mümkündür. Nitekim, *manus*'u, kocanın karısı üzerindeki yasal kontrol yetkisi olarak tanımlayan yazarlar vardır.<sup>279</sup> Roma'da *manus* kurumu oldukça eskidir. *Manus* kurumu için kullanılan teknik terim, "*conventio in manum*" idi. Bazı kaynaklarda *manus*, "kadın üzerinde kurulan egemenlik" olarak tanımlanıyor, *conventio in manum* ise, "kadının egemenlik altına alınması için yapılan hukuki işlem" olarak tanımlanıyordu. *Manus*, o zamanın milletlerinin hukuk tarihinde de sık rastlanan bir kurumdu. O zamanın bazı milletleri için *manus* kurumunun, âdeta bir evlenme şekli olma fonksiyonu vardı. Ancak Roma'da durum farklı idi. Roma'da, evlilik işlemi ve *manus* birbirinden ayrılıyordu. Roma'da evlilik işlemi şeklen *manus*'lu evlilik ve *manus*'suz evlilik olarak ikiye ayrılmıyordu.<sup>280</sup> Roma hukukçuları tarafından tartışmalar yapılmış, sonuçta, *manus*'u bir evlilik şekli olarak algılamanın önüne geçmekte fayda görülmüştür. *Manus* ile evliliğin ayrı kurumlar olduğunu 1940 yılında ilk ortaya atan ve bu konuda çalışmalarını yoğunlaştıran Volterra'dır. Volterra tarafından ortaya atıldıktan sonra genel olarak kabul edilen görüşe göre; *manus* bir evlenme şekli değildi. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde inceleneceği üzere, Roma Hukuku'nda evlilik tek idi, kadın ve erkeğin *consensus*'ü ile kurulmaktaydı. Bir çeşit *adaptio* olan *manus*, kadının özellikle mameleki bakımından başka birisinin ailesine girmesiydi. *Manus*'un ve evliliğin tesis edilmiş şekilleri de farklıydı, şöyle ki, *manus*'u *usus* tesis ederken, evliliği *consensus* tesis ediyordu.<sup>281</sup> Çalışmanın bu bölümünde *manus*'un kuruluşu üzerinde durulacaktır.

<sup>278</sup> Berki, a.g.e., s. 156.

<sup>279</sup> Buckland, *The Main Institutions...*, s. 61.

<sup>280</sup> Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri...*, s. 8-9.

<sup>281</sup> Kaser, *Roman Private Law*, s. 239-240, Kudret Ayiter, *Klasik Roma Hukukunda "Dos"un Tesisi* (No.128. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1958.), s. 10.

*Conventio in manum* kurumu, kadını kocasının *familia*'sı içine alma amacıyla tesis edilmişti. *Manus* ile, kadın kendi babasının *patria potestas*'ından çıkıyor, müstakbel kocasının ya da kocasının babasının *patria potestas*'ı altına giriyordu. Ancak kadın üzerinde evlenmeden de *manus* kurulması mümkündü. Yine de hiçbir zaman, evlilik töreni ile *conventio in manum* arasındaki süre, bir yılı geçemezdi.<sup>282</sup> Bu konu ile ilgili olarak *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde, 2.139'u incelemekte fayda vardır:

***Gaius, Inst. 2.139:*** “*Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conueniat, uel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*”.

***Gaius, Inst. 2.139:*** “Bir kimse vasiyetname yaptıktan sonra evli bir kadını *manus* altına alırsa ya da *manus*'u altında bulunan bir kadın ile evlenirse, her iki durumda da uygulanacak olan hükümler aynıdır: böylelikle kadın, kız aile evladı haline gelir ve *manus* altına alan kişinin yakın mirasçısı olur”.<sup>283</sup>

*Conventio in manum*, üç şekilde yapılırdı. Bunlar; *confarreatio*, *coemptio* ve *usus idi*.<sup>284</sup> *Conventio in manum* ile ilgili olarak, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde (3.3.2.'de), “evlenme (*matrimonium*)” incelenirken yeniden açıklamalar yapılacaktır. Bu bölümde ise konu, kadının *patria potestas* altına alınışı ile ilgili olarak incelenmektedir.

*Confarreatio*, şekle bağlı dini bir merasim ile yapılırdı. *Confarreatio*, ismini buğdaydan önce kullanılan bir çeşit hububat olan *far*'dan ve karı-kocanın dini merasim sırasında birlikte yedikleri *panis farreus* adlı çörekten alırdı.<sup>285</sup> *Principatus* döneminin başlarından itibaren bu merasim önemini yitirmeye başladı. Hıritiyanlığın kabulü ile birlikte bu *conventio in manum* şekline başvurulmaz oldu.<sup>286</sup> Diğer bir *conventio in manum* şekli olan *coemptio*'ya göre koca, kadını köle durumuna düşmesine engel olacak belli bazı sözlerle satın alırdı. Bu, *mancipatio*'ya benzer şekilde yapılan hayali

<sup>282</sup> Emiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının...**, s. 40-41.

<sup>283</sup> Gordon-Robinson, **a.g.e.**, s. 191.

<sup>284</sup> Bonfante, **a.g.e.**, s. 127-128; Nicholas, **a.g.e.**, s. 83; Talamanca, **a.g.e.**, s. 73.

<sup>285</sup> Susan Treggiari, **Roman Marriage** (Oxford University Press: 2002), s. 21-22; Talamanca, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>286</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 161; Treggiari, **a.g.e.**, s. 24.

bir satışı.<sup>287</sup> *Coemptio* yapılırken kullanılan sözler belli kalıpta olduklarından, şekle bağlı sözler olarak nitelendiriliyorlardı. Zaman içinde karı-kocanın rızalarını beyan etmeleri daha ön plana çıkmış olsa da, *coemptio*, Klasik dönemde başvuru tek *conventio in manum* şekli idi. *Confarreatio*'dan farklı olarak *coemptio*'nun mutlaka evliliğin başında yapılması gerekmiyordu, evlilik sırasında da yapılabilirdi. Bu bilgi de, *manus*'un evlilikten farklı bir kurum olduğunun kanıtı idi, çünkü *coemptio* evlilik töreni sırasında yapılmısa da, evlilik hükümlerini doğurmaya başlardı.<sup>288</sup> Diğer *conventio in manum* şekli olan *usus*'a göre ise, kocasının bir sene boyunca üzerinde *manus* tesis ettiği kadın, zamanaşımı yolu ile onun *familia*'sı içine girmiş olurdu. XII Levha Kanunu'na göre, aile ocağından üç gün ardarda ayrı kalan kadının, artık *usus* ile kocasının ailesine dahil olma durumu son bulmuş olurdu. Evliliğin devamına rağmen *manus* tesis etmek istemeyen kadın, bir yıl içinde üç gün evden ayrı kalarak, kendi rızası ile *manus*'un tesis edilmesine engel olabilirdi. *Usus*'un da, evliliği değil *manus*'u tesis etmesi, *manus* ve evliliğin ayrı kurumlar olduğuna işaret etti. Roma Hukuku'nda yalnızca *confarreatio*'da aynı anda evlilik akdinin yapılması ve kadının *manus* altına girmesi mümkündür.<sup>289</sup>

Üzerinde *manus* tesis edilen kadına ait olan malvarlığı ise kocasının malvarlığına geçiyordu.<sup>290</sup> Roma Hukuku'na göre, kadının *manus* altına alınması, evlat edinmenin sonuçlarını doğuruyordu. *Manus*'un tesis edilmesi ile kadının, kendi ailesi ile olan bağları kopmuş oluyordu ve kadın başkasının ailesine giriyordu. *Manus* altına alınan kadın ile çocukları arasında *agnatio* hısımlığı kurulmuş oluyordu.<sup>291</sup> Yukarıda bahsedilen üç şekilden biri ile *manus* altına giren kadın "*capitis deminutio minima*" adlı değişikliği geçirmiş oluyordu. Buna göre, kadının kişilik haklarında asgarî azalma

<sup>287</sup> Talamanca, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>288</sup> Treggiari, **a.g.e.**, s. 26-27; Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 17.

<sup>289</sup> Treggiari, **a.g.e.**, s. 18-19; Talamanca, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>290</sup> *Manus*'lu evlilikte karının tüm malları kocaya geçerdi, bu mallardan ayrı olarak bir de kocaya, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan *dos* verilirdi. *Manus*'lu evlenecek olan kadın, evlenmeden evvel baba egemenliği altındaysa, malvarlığı bulunmamaktaydı, bu sebeple, baba egemenliği altında bulunan kadın için *dos* tesis edilmesi ihtiyacı daha fazla hissedilmekteydi. *Manus*'suz evliliklerde ise karının ve kocanın malvarlığı ayrıydı. Kadın, baba egemenliği altındaysa, ayrı bir malvarlığı da olmadığından, kocanın tek başına tüm ev masraflarını üstlenmesi hakkaniyet açısından uygun olmadığından, kadın için *dos* tesis edilmesi ihtiyacı yine kuvvetle hissedilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayiter, **Roma Hukuku Dersleri...**, s. 15.

<sup>291</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 40.

meydana gelmiş oluyordu. *Manus*, kocanın ölümü ile ya da çalışmada daha sonra incelenecek olan *emancipatio* ile sona eriyordu.<sup>292</sup>

### 3.2.3. *Patria Potestas*'ın Sona Ermesi

*Patria potestas* 'ın doğal yolla sona ermesi, aile babasının ölümü ile olurdu. Baba egemenliği altındaki çocuklar, aile babasının ölümünden sonra *sui iuris* durumuna gelirlerdi. Baba egemenliğinin hukuki işlemlerle sona ermesi ise şu durumlarda mümkündü:1) Şekle bağlı bir işlem olan *emancipatio* ile aile evladının baba egemenliğinden çıkarılıp *sui iuris* olması durumunda, 2) Önceki bölümlerde incelemiş olup aşağıda *capitis deminutio* incelenirken tekrar kısaca ele alacağımız *adrogatio*'yu da içine alan *adoptio* işlemiyle, yani önceden başka bir baba egemenliği altında olan bir aile evladının evlat edinme işlemi sonucunda farklı bir Roma ailesine dahil edilmesiyle, 3) Yukarıda 3.2.2.2. bölümde incelediğimiz, evli kadın üzerinde *manus* kurulmasıyla ya da *manus* altına girmiş olan kadının *manus*'tan çıkarılıp, önceden var olan baba egemenliğinin sona ermesiyle 4) *Iustinianus* devrinde, baba egemenliğine sahip olmanın verdiği geniş yetkiyi kötüye kullanan aile babalarına, egemenlik hakkının ellerinden alınması cezası verilmesiyle. Aile evladından kaynaklanan sebepler dolayısıyla *patria potestas*'ın sona ermesi ise, şu durumlarda da meydana gelirdi: Aile evladının ölmesi, aile evladının özgürlüğünü ya da vatandaşlığını kaybetmesi, aile evladının önemli bir devlet görevine (memuriyet) hak kazanması.<sup>293</sup> *Patria potestas*'ın diğer bir sona sona erme durumu ise, yine aşağıda (3.2.3.2.'de) ayrıntılı olarak incelenecek olan *capitis deminutio*'dur. *Capitis deminutio*, kısaca "kişilik haklarının azalmaya uğraması" anlamına gelir. *Capitis deminutio*, baba egemenliğinin sona ermesi ile ilgili olarak; aile babasının özgürlüğünü ya da Roma vatandaşlığını kaybetmesi ya da bu çalışmada daha önce incelemiş olduğumuz *adrogatio* ile başka bir aile babası tarafından evlat edinilmesi durumunda söz konusu olur.<sup>294</sup> Aşağıda, baba egemenliğinin sona erdiren

<sup>292</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 162; Treggiari, **a.g.e.**, s. 28-29.

<sup>293</sup> Jane F. Gardner, **Being a Roman...**, s. 63; Alan Watson, **Roman Law and Comperative Law** (Athens: University of Georgia Press, 1991), s. 35; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 160-161; Selek, **a.g.m.**, s. 231.

<sup>294</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 128 ve s. 161.

hukuki işlemlerden, sıkı şekil kurallarına bağlı olmaları bakımından incelemeye değer görülenler yer almaktadır.

### 3.2.3.1. *Emancipatio*

*Emancipatio* işlemi ile bir aile babası, kendi egemenliği altındaki aile evladı üzerindeki egemenlik hakkından vazgeçmekteydi. *Emancipatio* ile baba egemenliği altından çıkan kimse bundan böyle *sui iuris* olurdu.<sup>295</sup> Roma Hukuku, aile babasına egemenliği altındaki kimseleri doğrudan doğruya *familia*'dan çıkarma yetkisini vermez. Ancak bu yetki aile babasına, şekil kurallarına bağlı bir takım işlemler vasıtasıyla yani dolaylı bir yoldan tanınmıştı. Şöyle ki, XII Levha Kanunu'nda, kötü davranışlara maruz kalmış kız çocuğu ve erkek çocuğu aile babasının hakimiyetinden kurtarmak için, aile babası tarafından üç kez satılan erkek çocuğun ve bir kez satılan kız çocuğun *sui iuris* olacağı kabul edilmişti.<sup>296</sup> O halde, XII Levha Kanunu'na göre, aile babası erkek olan aile evladını üç kere satarsa, artık bundan sonra aile evladı baba egemenliğinden kurtulmuş olurdu.

İlk olarak rahip hukukçular tarafından uygulanmaya başlanan, şekli bir hukuki işlem olan *emancipatio* ve aşamaları, *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinden edindiğimiz bilgiye göre şöyledir:

***Gaius, Inst. 1.132:*** “*Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate: lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: ‘si pater ter filium uenum duit, a patre filius liber esto’. eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum uindicta manumittit: eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii (sed hoc in*

<sup>295</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 263.

<sup>296</sup> Watson, **Society and Legal...**, s. 24; Berki, **Roma Hukuku**, s. 150.

*usu est, ut eidem mancipetur) eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii...*”

**Gaius, Inst. 1.132:** “Bundan başka, çocuklar baba egemenliğinden *emancipatio* ile de çıkarlar. Erkek evlat baba egemenliğini üç adet *mancipatio* işlemi sonrasında terk eder; öte yandan diğer çocuklar yani kız ya da erkek fark etmeksizin torunlar ve kız evlat ise yalnızca bir *mancipatio* işlemi sonunda baba egemenliğinden çıkmış olurlar; XII Levha Kanunu’nda, erkek evlat için söz konusu olan *mancipatio* işlemi şöyledir: ‘Eğer bir aile babası, erkek aile evladını üç kez satışa çıkarırsa erkek aile evladı baba egemenliğinden kurtulur’. Bu süreç şöyledir: Aile babası erkek aile evladını, anlaşmış olduğu bir kimseye satar ve *mancipatio* ile devreder. Aile evladını *mancipium*’u (hakimiyeti) altında bulduran alıcı ise, aile evladını değnek ile azat eder ve bu işlem ile aile evladı yeniden baba egemenliği altına girer. Aile evladının kendi aile babası, ikinci kez aile evladını genellikle aynı kimseye ya da bazen başka birine *mancipatio* ile satar ve devreder. Alıcı yeniden aile evladını değnek ile azat eder ve bu işlem ile aile evladı yine kendi baba egemenliği altına ikinci kez geri dönmüş olur. Aile babası, aile evladını üçüncü kez *mancipatio* ile genellikle aynı kimseye ya da bazen başka birine satar ve devreder. Artık bu son *mancipatio* işlemi ile, aile evladı henüz azat edilmemiş olup, yine de bir çeşit *mancipium* altında olmasına rağmen, aile evladı üzerindeki esas baba egemenliğinin artık sona ermiş olduğu kabul edilir...”<sup>297</sup>

Zaman içinde şekli işlemlerin önemini yitirmesi ve hukuki hayatta pratikliğe ihtiyaç duyulması sebebiyle, hazır bulunmayan aile evlatlarının da baba egemenliğinden çıkarılabilmeleri mümkün hale gelmişti. Klasik Sonrası dönemde *emancipatio*, İmparator *Anastasius*’un bir emirnamesine göre, *rescriptum*<sup>298</sup> ile ya da *Iustinianus*

<sup>297</sup> Gordon-Robinson, **a.g.e.**, s. 87-88.

<sup>298</sup> *Rescriptum*’un karşılığı olarak, “mütalaa” kelimesi uygun gelmektedir. Şöyle ki, bir hukuki sorun mevcut olduğunda, bu sorunun tarafları ya da yetkili *magistra*, imparatorun görüşünü talep edebilirdi.

hukukuna göre mahkeme karşısında beyanda bulunma yolu ile yapılırdı. *Iustinianus* zamanında aile evladını egemenliğinden çıkarmak isteyen bir aile babası, aile evladı ile birlikte yetkili *magistra*'ya giderek bu istemini bildirebilirdi. Burada aile evladının rızası şart koşulmuştu. Bu istem üzerine *magistra* sözlü beyanıyla aile evladını baba egemenliğinden çıkarılabiliyordu. Birinci *emancipatio* şekline, *emancipatio Anastasiana*, doğu eyaletlerinde sık uygulandığı kaynaklardan anlaşılan ikinci *emancipatio* şekline ise, *emancipatio Iustiniana* denirdi.<sup>299</sup>

Son azat etme sonrasında, aracı kimseye yediemin olarak güvenilmesine rağmen, bu durum, aracı kimsenin baba egemenliğine benzer haklar elde etmesinden dolayı sakınca doğuyordu. Bunun üzerine yediemin için, son *mancipatio*'dan sonra aile evladını azat etmeyip, *mancipatio* işlemi ile eski *pater familias*'a geri verme zorunluluğu getirildi. Üçüncü *mancipatio*'dan sonra ise baba egemenliği sona ererdi ve aile evladı artık *sui iuris* olurdu. Koschaker'e göre, son *mancipatio* işlemi ile aile evladı artık babasının egemenliğine dönmezdi, *persona in mancipio* olurdu ve aile babası tarafından bu durumda serbest bırakılırsa, artık *sui iuris* olurdu.<sup>300</sup> O halde özet olarak, birinci ve ikinci azat etme işleminden sonra aile evladı baba egemenliğine tâbi olmaya devam ederdi, ancak üçüncü azat etme işlemi ile baba egemenliği sona ererdi. Üçüncü kez azat edilme ile, önceden *in mancipio* durumunda olan aile evladının, bundan böyle *ex mancipi* durumuna geçmiş olduğu kabul edilirdi. Yani artık aile evladı *sui iuris* hale gelirdi. Kız evlatların ve torunların *emancipatio* ile baba egemenliğinden çıkarılmaları için yalnızca bir kez *mancipatio* ile satılmış olmaları yeterli idi.<sup>301</sup>

*Emancipatio* işlemine tâbi olan kimse, artık eski ailesinden çıkmış olurdu. Roma Hukuku'nun en eski devirlerinde *emancipatio*, aileden kovulma olarak nitelendiriliyordu ve çocuk aileden tamamen çıkmış kabul ediliyordu. *Emancipatio*'ya başvurma nedenlerinden biri de aileye ait malvarlığın küçülmemesini bu yolla sağlama çabasıydı. Şöyle ki, *pater familias*'ın ölümüyle birlikte, zirai faaliyetlerin üzerinde gerçekleştiği aileye ait taşınmazların, aile bireyleri arasında çok fazla bölünmesini

---

İmparatorun otoritesine dayanan bu görüşler *rescriptum* olarak, yazıtlar ile ve papiruslar ile günümüze dek ulaşabilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 85.

<sup>299</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 333-334; Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 64; Selek, **a.g.m.**, s. 231-232.

<sup>300</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 333.

<sup>301</sup> Berki, **Roma Hukuku**, s. 150; Alan Watson, **Roman Law &....**, s. 35.



önlemek için, *pater familias*'a, *emancipatio* yoluyla diğer aile evlatlarını aileden çıkartarak tek bir mirasçı bırakma olanağı tanınmıştı.<sup>302</sup> *Emancipatio*, aileden çıkarılan aile evladının karısı ve çocuklarından oluşan kendi ailesini kapsar şekilde yapılmamışsa, onun kendi çocukları ve karısı ile olan hukuki bağı kesilmiş sayılıyordu. Aileden çıkarılan aile evladı *sui iuris* hale gelirdi, eski ailesi ile olan *agnatio* hısımlığı sona ermiş olurdu, dolayısıyla eski ailesi ile ilgili vesayet ve miras haklarını kaybederdi. Klasik dönemden başlayarak *emancipatio* ile doğan ağır ve haksız sonuçlar, *praetor*'ların çalışmalarıyla düzeltilmeye başlandı. *Iustinianus* zamanında *emancipatio* ile aileden çıkarılan kimse, artık kendi çocuklarından büyük baba yanında kalanların *agnat*'ı olmaktan çıkmış kabul edilirdi, ancak *cognat*'ı olmaya devam ederdi. Yani, aile evladının eski ailesi ile olan hukuki bağı sürüyordu. *Ius pratorium*'a göre, *cognatio*'ya dayanan miras hakkı kabul edildiğinden, *emancipatio*'ya tâbi tutulan çocuk ve eski ailesi karşılıklı olarak birbirlerinin mirasçısı olabiliyorlardı. Baba ile birlikte çocuklarının da *emancipatio*'ya tâbi olduğu durumlarda ise, artık çocuklar da baba egemenliğinden çıkarlardı ve kendi babalarının egemenliği altında olmaktan da kurtulmuş olurlardı.<sup>303</sup>

*Pater familias*'ın ölümü ile, erkek çocukların bundan böyle *pater familias* statüsünü kazandığını belirtmiştik. Aile babası ölünce, *pater familias* statüsünü kazanan bir kimsenin kendi çocukları (ölenin torunları) varsa, artık onlar bundan böyle kendi babalarının egemenliğine dahil olurlardı. Kendi babaları sağ ise, ölenin torunlarının *alieni iuris* statüsü devam ederdi. Ölen kimsenin, kendi babaları daha önceden ölmüş olan torunları varsa, bunlar artık baba egemenliğine sahip dedelerinin yani *pater familias*'ın ölümü ile *sui iuris* durumuna geçerlerdi.<sup>304</sup>

*Emancipatio*'nun, aileden çıkarılan kimse açısından, bir ceza mı yoksa bir ayrıcalık niteliği mi taşıdığı sorusu akla gelebilir. Ne yazık ki, kaynaklara göre bu sorunun cevabına ulaşmak zordur. *Emancipatio* ile aileden çıkarılan çocuğun babasının, genellikle ona destek olma amacıyla bir miktar *peculium*<sup>305</sup> verdiği bilinmektedir.

<sup>302</sup> Frier-A.J. McGinn, **a.g.e.**, s. 316; Karadeniz, “**Aile (Roma Hukukunda)**”, s. 458.

<sup>303</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 334; Jane F. Gardner, **Being a Roman...**, s. 66-67; Berki, **Roma Hukuku**, s. 150.

<sup>304</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 160.

<sup>305</sup> Kelime anlamı “az miktar para ya da küçük mamelek” olan *peculium*, Roma hukukunda hukuki bir kurum olup, “aile babasının, ya da efendinin, aile evladına ya da kölesine, bağımsız olarak yönetmek ve

Örneğin D.39.5.31.2 incelendiğinde, aile babasının egemenliği altındaki kızına önceden vermiş olduğu bir miktar köleyi, *emancipatio*'dan sonra geri almamış olduğu, yani, geçmişe etkililik arz eden bu hediyein geri alınmaz olduğu görülmektedir. Bu hareketin, ya babanın kızı için bir nezaket belirtisi olabileceği, ya da *emancipatio*'yu aileden çıkarılan çocuk için yaşanabilir kılmak için yapılmış asgarî destek olabileceği, hukukçular arasında tartışılmıştır. Tartışılan diğer bir nokta, baba egemenliği altındaki birçok aile evladının, *patria potestas*'tan bu yol ile kurtulma şansını hoş karşılayabileceğidir. Günümüze kadar ulaşabilen çeşitli hukuki ve edebi kaynaklarda anlatıldığı üzere, aile babaları, sıklıkla aile evlatlarının anneleri olan eski eşleri tarafından bırakılan vasiyetnamelerde yer alan, “Eğer evladını egemenliği altından çıkarıp özgür bırakırsa, aile babası *Sempronius*'a 100.000 sesterzlik miras bırakıyorum” gibi şartlar doğrultusunda *emancipatio* yapmaya zorlanıyorlardı.<sup>306</sup>

### 3.2.3.2. *Capitis Deminitio*

Roma Hukuku'nda *capitis deminitio*, kişilerin statüsünün değişmesi anlamına gelir. Latince olan “*caput*” kelimesi “baş” anlamına gelmekle birlikte hukuki terim olarak “şahıs” anlamında kullanılmaktadır. “*Caput*” kelimesi, şahıs olabilmek için gerekli olan hukuki ehliyet için de kullanılıyordu.<sup>307</sup> Latince “*deminutio*” kelimesi ise bir şeyin eksilmesi, değişmesi anlamına gelir. *Capitis deminitio*'nun Türkçedeki tam karşılığı “başın eksilmesi”dir. Roma Hukuku'nda *capitis deminitio* terimi ile asıl kastedilen, “*status*”teki değişiklik yani “kişilik durumunun değişmesi”dir. Yani, Roma

---

işletmek üzere verdiği bir miktar para ya da mamelek” olarak ifade edilirdi. *Peculium*'un konusu ticari bir işletme, para, arazi, köle, hayvan, bina olabilir. Bazı hukukçulara göre, aile babasının üçüncü kişiden olan alacağı da *peculium* olarak verilebilirdi. Aile babasının vermiş olduğu *peculium*'un, çalışma konumuz bakımından dikkate değer olan özelliği şudur: *Peculium* verilmesinin, aile babasının iznine bağlı olduğu şüphesizdir. Ancak aile babasının, bu konudaki iradesini açıkça belirtmesinin şart olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kaynaklar incelendiğinde görüldüğü üzere, İmparator *Hadrianus* zamanında *peculium*, aile babasının örtülü iradesi ile tesis edilebiliyordu. Aile babasının ya da efendinin, aile evladının ya da kölenin iktisap ettiği malları kullanmasına izin vermesi durumu, *peculium*'un tesis edilişi olarak yorumlanıyordu. İlerleyen zamanda, baba egemenliği altındaki bu kimselerin aile babasının malları ile ilgili olan iktisaplarının *peculium* olarak değerlendirilebilmesi için, aile babasının açık ve şekle bağlı olan irade beyanında bulunması şartı aranır oldu. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özcan Karadeniz, “Roma Hukukunda *Peculium Müessesesi*”, *A.Ü.H.F.D.*, Cilt XXV, Sayı 3-4: 179-194, 1968, s. 179 ve s. 182-183; Berger, *a.g.e.*, s. 624.

<sup>306</sup> Frier-A.J. McGinn, *a.g.e.*, s. 316; Jane F. Gardner, *Being a Roman...*, s. 60; Watson, *Society and Legal...*, s. 25.

<sup>307</sup> Burdick, *a.g.e.*, s. 184; Hadley, *a.g.e.*, s. 108.

vatandaşı olan bir kimsenin vatandaşlık hakkını kaybetmesi, ya da baba egemenliği altında olmayan birinin baba egemenliği altına girmesi, ya da hür bir insanın köle haline gelmesidir. Roma'da şahıs olabilmek için gerekli olan hukuki durum, “*status*” kelimesiyle ifade edilirdi. Roma Hukuku'nda bir şahsın sahip olduğu kanuni haklar onun *status*'ünü tayin ediyordu. Ancak Roma'da herkesin *status*'ü aynı değildi. Roma Hukuku'na göre üç çeşit statü bulunuyordu ve *capitis deminitio* da üç şekilde yapılabiliyordu: 1.*Capitis deminitio maxima* 2.*Capitis deminitio media* 3.*Capitis deminitio minima*. *Gaius'un Institutiones* adlı eserinde (*Gai. Ins.* 1.159), *capitis deminitio* için, “statü kaybı” ifadesini kullanılmıştır ve bu durum “*prioris status permutatio*” yani “önceki durumun değişmesi” olarak açıklanmıştır.<sup>308</sup>

Roma Hukuku'nda, bir kimsenin hukuken “şahıs” olarak nitelendirilebilmesi için yani bir kimsenin hak ehliyetine sahip olabilmesi için üç koşul gerekiyordu. Bunlar; özgür olmak, Roma vatandaşı olmak ve baba egemenliği altında bulunmamaktır.<sup>309</sup> Buna göre, hak ehliyetiyle ilgili olarak bir kimsenin hukuki durumunun, üç açıdan değerlendirilmesi gerekiyordu. Bunlar: *Status libertatis* (özgürlük durumu), *status civitatis* (vatandaşlık durumu), *status familiae* (aile durumu) idi.<sup>310</sup>

*Capitis deminitio maxima, status libertatis*'in değişmesi idi. Özgür bir kimsenin savaşta esir düşmesi sonucunda *capitis deminitio maxima* söz konusu olurdu. *Capitis deminitio maxima*, statüdeki kayıpların yani haklardaki azalmanın en fazla oranda yaşandığı *capitis deminitio* türüydü.<sup>311</sup> *Capitis deminitio media, status civitatis*'in değişmesiydi. Örneğin, bir Roma vatandaşının Latin vatandaşlığına geçmesiyle ya da bir kimsenin işlediği suç sebebiyle cezalandırılmasına bağlı olarak, ya da sürgüne

<sup>308</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 88; Umut, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 32; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 57-58; Voci, **a.g.e.**, s. 87; Burdick, **a.g.e.**, s. 199; Gordon-Robinson, **a.g.e.**, s. 103; Schulz, **a.g.e.**, s. 72.

<sup>309</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 64.

<sup>310</sup> *Status libertatis*, bir kimsenin özgür olma ya da köle olma durumudur. Özgür kimseler hak ehliyetine sahiptiler ancak köleler hak ehliyetine sahip değildiler. *Status civitatis* ise, özgür bir kimsenin Roma vatandaşı ya da yabancı olması durumudur. Roma yurttaşları hak ehliyetine sahip olabiliyordu ancak yabancılar birkaç istisna dışında hak ehliyetine sahip olamıyorlardı. *Status familiae* (aile durumu) ise, Roma yurttaşlarının aile içinde ya baba egemenliği altında bulunması (*alieni iuris* olması) ya da baba egemenliği altında bulunmaması (*sui iuris* olması) durumudur. *Sui iuris* olanlar hak ehliyeti sahibiydiler ancak *alieni iurisler*'in hak ehliyeti kısıtlıydı. *Alieni iuris*'ler özel hukuk alanında tam olarak şahıs sayılmazlardı, ancak kamu hukuku alanında *sui iuris*'ler ile aynı haklara sahiptiler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 128-129.

<sup>311</sup> Burdick, **a.g.e.**, s. 205; Hadley, **a.g.e.**, s. 108; Voci, **a.g.e.**, s. 88.

gönderilmesi üzerine Roma vatandaşlığından çıkarılması sonucunda, *capitis deminitio media* söz konusu olurdu. Roma hukukçularının *capitis deminitio* olarak genellikle kastettiği ise, *capitis deminitio minima* yani *status familiae*'deki değişikliktir. Örneğin evli bir kadının üzerinde *manus* kurulması, ya da başkasının egemenliği altında olmayan birinin evlat edinilmesi durumlarında, aile durumunda değişiklik sonucunda *capitis deminitio minima* söz konusu olurdu.<sup>312</sup> Evlenme ile kadının üzerinde *manus* kurulması dışında *capitis deminitio minima* genellikle, *adoptio* ya da *adrogatio* ile evlat edinme ya da *emancipatio* sonucunda meydana gelirdi. Bu durumların bazısı bize, kişilerin mevcut statülerinin kayba uğraması gibi gözükmemektedir. Ancak esasen her bir durumda, kan bağına dayanan aile bağları bozulmaktadır ve sahip olunan haklarda kayıp meydana gelmektedir. Şöyle ki, Roma'nın ilk devirlerinde, evlat edinilen erkek çocuk, artık öz ailesinin bir ferdi olmaktan çıkardı ve mirastan yararlanma haklarını kaybederdi. Ancak yeni ailesinde, kaybetmiş olduğu haklara karşılık gelen haklara sahip olurdu. Yine de öz ailesiyle bağı kopmasaydı elinde bulunduracak olduğu hakları kaybettiğinden, *capitis deminitio minima* söz konusu olurdu. Diğer yandan, babasının ölümü üzerine *sui iuris* olan erkek çocuk için *capitis deminitio* söz konusu değildi çünkü aile babasının ölümü sebebiyle çözülen ailenin üyesi olan çocuk, babanın ölümünden sonra da aynı ailenin üyesi olmaya devam ediyordu. Ayrıca aile babasının ölümü sebebiyle, bu çocuğun haklarında bir azalma olmazdı, dolayısıyla statüsü kayba uğramazdı ve kan bağına dayanan miras haklarını muhafaza ederdi.<sup>313</sup> Son olarak belirtmek gerekir ki, *capitis deminitio minima*, statü kaybına uğrayan kimsenin vatandaşlık haklarını etkilemezdi.<sup>314</sup>

### 3.3. Dar Anlamda Aile (*Familia Proprio Iure*)

Roma Hukuku'nda, aile babası (*pater familias*) ve onun egemenliği altındaki kişiler, bağımsız bir topluluk olan, dar anlamdaki aileyi (*familia proprio iure*) oluşturlardı. *Familia proprio iure*'nin kapsamında, doğum, evlat edinme, baba egemenliği altına girme, *manus* altına girme gibi yollarla *patria potestas* altına giren

<sup>312</sup> W.H. Rattigan, **Jural Relations; or The Roman Law of Persons As a Subject of Jural Relations: Being a Translation of The Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law** (London, 1884), s. 47-48; Bonfante, **a.g.e.**, s. 129-130; Koschaker, **a.g.e.**, s. 88; Jane F. Gardner, **Family and Familia...**, s. 166.

<sup>313</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 73; Nicholas, **a.g.e.**, s. 96-97.

<sup>314</sup> Burdick, **a.g.e.**, s. 205.

kimseler bulunurdu. Yukarıda da belirtildiği gibi, *familia* kelimesi Roma Hukuku'nda yaygın olarak, dar anlamda aileyi çağrıştırıyordu.<sup>315</sup> Aşağıda, dar anlamda ailenin kuruluş aşamalarındaki işlemler, şekil bakımından incelenecektir.

### 3.3.1. Nişanlanma (*Sponsalia*)

Roma'da nişanlanma, günümüzdeki gibi<sup>316</sup> evlenme vaadi idi. Ailenin kurulmasında ilk adım nişanlanma ile atılıyordu. Nişanlanma, toplumsal ve ahlaki değerlerle yakından ilgili olan bir hukuki işlemdi. Roma Hukuku'nda nişanlanma için, “*sponsalia*” kelimesi kullanılıyordu. *Sponsalia* kelimesi, *stipulatio* ve *sponsio* kelimelerinin bir araya gelmesinden türemiştir. Klasik Öncesi dönemde nişanlanma, şekle bağlı bir işlem olan *sponsio* ile yapılırdı. Daha önce de bahsedildiği üzere, *ius civile* işlemi olan *sponsio*, en eski kefalet şekliydi. *Sponsio* yapılırken kullanılan formül genellikle; “*Spondesne? Spondeo*” idi. Ancak Klasik dönemde nişanlanma, şekle bağlı olmayan bir işlemle yapılmaya başlandı. Klasik Öncesi dönemde, şekle bağlı işlemle yapılan nişanlanma, soru ve cevaptan oluşurdu ve genellikle kızın *paterfamilias*'ı ile erkeğin *paterfamilias*'ı arasında yapılırdı. Roma'da nişanlanmayla ilgili olarak, nişanlıya halka verme âdeti bulunmaktaydı. Bu, günümüzde nişanlıya yüzük verme âdetine karşılık gelmektedir. Nişanlanma *sponsio* ile yapılır, taahhütte bulunduktan hemen sonra erkek, nişanlısına taahhüdüne delil olarak bir halka verirdi. İlk devirlerde demir bir halka verilirdi, halkanın üzerinde başka bir şey bulunmazdı. M.S. II. yüzyılın sonlarından başlayarak tercihen altın halka da verilebiliyor, üzerine de “*bonam vitam, amate, ama me*” vb. bazı sözler yazılabiliyordu. İlk devirlerde erkek bu halkayı nişanlısının parmağına kendisi geçirirdi. Sonraki devirlerde, halkayı göndermekle de yetinebilirdi. Halkayı, sol elin dördüncü parmağına takmak âdeti. Nişan halkası vermenin niteliği, hukukçular tarafından tartışılmıştı. Bazı hukukçular, nişan halkası vermenin, akdin kurulması için gereken şekli bir unsur olduğu görüşündeydiler. Bazıları

<sup>315</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 154-155; Pugliese, **a.g.m.**, s. 339.

<sup>316</sup> Doktrinde nişanlanmanın çeşitli tanımları vardır. Bu tanımlardan birine göre, “Nişanlanma, bir kadın ile bir erkeğin, ileride birbirleriyle evleneceklerini, karşılıklı olarak vaat etmeleridir”. Başka bir tanıma göre, “Nişanlanma, ileride birbirleriyle evlenmek isteyen ve evlenmeleri caiz olan ayrı cinsten iki kişinin, birbirlerine, bu konudaki iradelerini açıklama suretiyle, özel ailevi ilişkiler içine girmeleridir”. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Nevzat Koç, **Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi** (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002), s. 12; Turgut Akıntürk, **Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku**, C.2 (9. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004), s.19-20.

ise, halkanın rehin (*pignus*) niteliğinde olduğu görüşündeydiler. M.S. II. asırda, halka vermenin, *sponsio*'yu güçlendiren bir pey akçesi niteliğinde olduğu görüşü ortaya atılmış ve uzun süre savunulmuştu.<sup>317</sup>

Roma adetleri, evlenmeden evvel tarafların karşılıklı olarak evlenme vaadinde bulunarak nişanlanmalarını gerektiriyordu. Nişanlanma, “evlenme teklifi” sayılırdı.<sup>318</sup> Roma’da Klasik Öncesi dönemde aile babası, önceden kesin olarak belirlenmiş olan bir sorunun sorulması ve soruya uygun bir cevabın verilmesinden oluşan merasim (*sponsio*) ile, müstakbel kocaya ya da onun aile babasına, evlenme adına kızını vaadedirdi. Bu haliyle *sponsio*, şekle bağlı bir merasimdi. Nişanlanacak kadına *sponsa*, erkeğe *sponsus*, söz konusu vaade ise *sponsalia* denirdi.<sup>319</sup> Böylelikle, yapılan işlem hukuken geçerli bir işlem olarak hükümlerini doğurmaya başladılar ve geçerli bir hukuki bir sebep olmadan vaadini yerine getirmeyen kimse, bunun sonuçlarına katlanırdı. Bunun anlamı, evlenme yapılmazsa, nişanlanma sebebiyle sonradan tazminat ödemek zorunda kalınabilirdi. *D. 23.1.4 pr*<sup>320</sup> incelendiğinde de görüldüğü üzere, Klasik dönemde, taraflar hazır bulunmasa da, rızalarının varlığı nişanlanma için yeterli görüldü. Nitekim Klasik dönemden başlayarak nişanlanma, gelecekte yapılması beklenen evlilik akdine ilişkin olarak, tarafların karşılıklı rızalarının uyuştugu anlamını taşıyordu. Beyanların şekle bağlı olmasına gerek duyulmuyordu. Ancak istendiği takdirde nişanlanma iradesi taraflarca yazılı, sözlü, açık, zımni şekillerden biriyle karşılıklı olarak beyan edilebiliyordu. *D.45.1.134*<sup>321</sup>’e göre ise, gelecekteki evlenme anlaşmasına ilişkin cezai şart eklenmesi geçerli olmayacaktı. Çünkü evliliğin bir ceza bağlantısına karşılık gelmesi şerefli bir durum sayılmamaktaydı. Klasik dönemdeki hukuki düzenlemelerde,

<sup>317</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 300; Burdick, **a.g.e.**, s. 219; Talamanca, **a.g.e.**, s. 75; Schulz, **a.g.e.**, s. 109; Rado-Basman, **a.g.m.**, s. 537-538; Tahiroğlu-Erdoğan, **Roma Hukuku Meseleleri** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996), s. 205-206; Pervin Somer, “Dar Anlamda Aile Hukukunun Esasları”, **T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yayın No 2: 155-180, 2002, s. 155.

<sup>318</sup> Grubbs, Judith Evans, **Women And The Law In The Roman Empire** (New York: 2002), s. 88.

<sup>319</sup> E. Volterra, **Ricerche Interno Agli Sponsali in Diritto Romano** (Roma:1932), s. 5-6.

<sup>320</sup> *D. 23.1.4 pr.*: “*Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.*”

*D. 23.1.4 pr.*: “Tarafların *consensus* içinde bulunması nişanlanma için yeterlidir.”

<sup>321</sup> *D. 45.1.134*: “*Quia inhonestum visium est vinculo poenae matrimonia obstringi*”

*D. 45.1.134* : “ Nitekim evlilik ve ceza arasında bağlantı kurulması şerefli bir durum olarak kabul görmez.”

evlenecek kimseler için yaş sınırı konmamıştı, nişanlandıklarını anlayacak durumda olmaları yeterliydi. Ancak *Iustinianus* devrinde, yedi yaş sınırı konmuştu.<sup>322</sup>

Nişanlanacak kimseler, eğer *patria potestas* altındaysalar, babalarının rıza göstermesi gerekiyordu. Bunun yanında, erkek aile evladının da nişanlanmaya rıza göstermesi gerekiyordu (*D.23.1.13*). Klasik Öncesi dönemde, kız aile evladının rızası aranmıyordu (*D.23.1.11*). Kız aile evladının susmuş olması, ikrar sayılırdı. *Iustinianus* hukukuna göre, kız aile evladının, nişanlanacak olduğu kimse kötü ahlaklı ise, babasının iradesine itiraz etmeye hakkı vardı. Erkek aile evladı için, aile babasının açık rızası gerekiyordu. Kız aile evladı için ise, aile babasının açıktan açığa itiraz etmemesi yeterliydi (*D.23.1.12.1* ve *D.23.1.7.1*).<sup>323</sup>

Nişanlanan taraflardan birinin ya da her ikisinin karşılıklı olarak evlenmek istemediğini beyan etmesi (*repudium*), nişanın bozulmasına sebep olurdu. Nişanın bozulması, şekle bağlı değildi. Klasik dönemdeki anlayış, zorlama ile yani tarafların rızasına dayanmayan bir evlilik birliği oluşturulmasının karşısındaydı. Klasik Sonrası dönemde, hukuki bir sebep gösterilmeden belli bir zaman süresinde evlenme akdi yapılmazsa, nişan bozulurdu. Ölüm ya da nişanlı çiftin evlenmesine engel olan bir durumun ortaya çıkması da nişanlanmanın sona ermesine neden olurdu. Yapılmasından itibaren iki sene içinde evlenme ile son bulma şartı ile nişanlanma, evliliğin eşlere sağladığı ayrıcalıkları temin etmekteydi.<sup>324</sup>

Nişanlanmaya engel olan sebepler ve evlenmeğe engel olan sebepler aynıydı. Ergenlik yaşına ulaşmamış küçüklerin, yani 12 yaşını doldurmamış kızların ve 14 yaşını doldurmamış erkeklerin nişanlanabilmeleri mümkündü. *Iustinianus* devrinde, buluş çağının sonu kabul edilen 7 yaş bitirmiş olmak zorunluydu.<sup>325</sup> Önceki nişanı bozulmadan başkasıyla nişanlanan kimselerin bazı yetkileri kısıtlanıyordu ve bu kimseler şerefsizliğe mahkûm ediliyordu (*D.3.2.1*). Nişanlıların uyması gereken bazı yasaklar vardı. Örneğin hiç kimse, kendi nişanlısının babası ya da kendi kızının nişanlısı

<sup>322</sup> John Spencer Muirhead, *An Outline of...*, s. 74; Di Marzo, *a.g.e.*, s. 180; Bonfante, *a.g.e.*, s. 160-161; Tahiroğlu-Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 205-206; Rado-Basman, *a.g.m.*, s. 537.

<sup>323</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s. 180-181.

<sup>324</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s. 182; Tahiroğlu-Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 207.

<sup>325</sup> Grubbs, *a.g.e.*, s. 88; Somer, *a.g.m.*, s. 156.

aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamazdı (D.22.5.5). Nişanlı kızın verdiği *dos*'u, nişanlı erkek satamazdı. Nişanlılara tanınan bazı haklar da vardı. Örneğin, nişanlı erkek, nişanlısına karşı yapılan bir hakaret sebebiyle, bizzat dava açabilirdi (D.47.10.15.24). Nişanlanmaya bağlanan hukuki sonuçlar arasında, nişanlı kızın ihanetinin, nişanlısı tarafından zina suçu olarak ileri sürülebilmesi de yer alıyordu. Bir kimsenin nişanlısını, nişanlısının ana ya da babasını, müstakbel gelinini ya da damadını öldürmesi, hukuk düzenince, bir kimsenin kendi ana ya da babasını öldürmesi suçu ile bir tutulmaktaydı.<sup>326</sup>

### 3.3.2. Evlenme (*Matrimonium*)

Roma Hukuku'nda evlilik, basit ve özel bir akit ile yaratılan bir statü idi. Evlenme ile, kadın ve erkek, hayatlarının sonuna kadar birbirine bağlı kalacaklarına ilişkin hukuki birliktelik içine giriyorlardı.<sup>327</sup> Bazı Roma kaynaklarında, evlenmenin, ailenin oluşumu için önem arz eden bir kurum olduğu belirtilmektedir. Roma hukukçularının evlenmeyi mükemmel olarak tarif ettikleri bilinmektedir. Bunun nedeni Roma'da aile kurumuna büyük önem atfedilmesidir.<sup>328</sup> Evlilik kurumunun esas amacı, soyun devamını sağlamak olarak görülüyordu. Öyle ki, *Lex Iulia*'ya göre, 25-60 yaş arasındaki tüm erkekler ve 20-50 yaş arasındaki tüm kadınların evlenme görevi vardı. Bu yaş aralığında olan kimseler boşanmış ya da dul kalmış bile olsalar, yeniden evlenmeliydiler. Evli olmayanlar (*coelibes*) için, özellikle mamelek ile ilgili sakıncalar söz konusuydu. Bu kanuna göre, evli olmayanlar vasiyetname ile mamelek elde edemezler, çocuksuz evliler ise vasiyettekinin yarısını elde edebilirlerdi.<sup>329</sup> Romalılar evlilik kurumunun önemli ahlaki değerler barındırmasını, evlenmeyi kutsal bir akid haline getirerek pekiştirmişlerdi. Klasik Öncesi dönemde, evlilik kurumunun ilahî değer barındırdığı düşünüldüğünden, evlilik akdinin hiçbir suretle bozulmaması amaçlanırdı. Geleneklere göre, kadınların zorla kaçırılmasıyla ortaya çıkan uygunsuz durum bile, sonradan ayinler eşliğinde yapılacak olan evlenme töreni ile meşru kılarak

<sup>326</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 181-182; Somer, **a.g.m.**, s. 157.

<sup>327</sup> Andrew T. Bierkan, Charles P. Sherman, Emile Stocquart, Jur. "Marriage in Roman Law", **The Yale Law Journal**, Vol.16, No 5:303-327, (Mar., 1907)., s. 304; Honig, **a.g.e.**, s. 161.

<sup>328</sup> Paribeni, **a.g.e.**, s. 35.

<sup>329</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 243; Somer, **a.g.m.**, s. 172.



düzeltiliyordu. Özellikle Roma'nın ilk zamanlarında evlilik töreni ile birlikte ayinler düzenlenmesinin sebebi, ilk zamanlarda her bir Roma ailesinin kendine ait dini ve tanrıları olmasından kaynaklanıyordu. Her bir aile adeta dini bir birlik olarak kabul edildiğinden, evlenme sebebiyle aileye giren yeni kimsenin bu suretle yeni bir dini birliğe girdiği kabul ediliyordu. Bu sebeple evlenme yolu ile bir kimsenin yeni bir aileye, dolayısıyla yeni bir dine girişi kutsal bir fiil olarak kabul edilmişti. Kadının önceki dininden ayrılıp, kocasının ailesinin inandığı dine geçmesinin kutsallığına inanıldığından, söz konusu din değiştirme olayının dini törenlerle meşrulaştırılmasına ihtiyaç vardı. Nitekim evlenerek bundan böyle kocasının ailesine dahil olacak kadın, kendi babasının evindeki mabedte (aile ocağında ateşin yandığı yerin önünde) kendi tanrılarına tapıp, o zamana kadar kendi ailesinin inandığı dinin törenlerinde yer alırken, bundan böyle kocasının ailesinin mensup olduğu ailenin yaşadığı evde yanan ateşin önünde farklı tanrılara tapıp, o dinin törenlerine katılmak zorundaydı. Kadın artık yalnızca yeni ailesinin dininin gereklerini yerine getirmeliydi. Evlilikten meydana gelecek olan çocuklar da kadının geçmiş olduğu bu yeni dinin birer mensubu olacaklardı. Kadının kocasının evinde âdeta yeniden doğduğu kabul edildiğinden, o zamana kadar kadının babasının kendi üzerinde kurmuş olduğu egemenlik (*potestas*) çözülüyor ve artık egemenlik kocaya geçiyordu. Bu sebeple kadın, kocasının kızı olarak addediliyordu.<sup>330</sup> Evlilik, müstakbel kocanın yokluğunda da gerçekleşebilirdi, ancak böyle bir evlilik töreninin geçerli olabilmesi için kadının kocanın evine getirilmiş olması gerekirdi.<sup>331</sup>

Klasik Öncesi dönemde, kadını kocasının *familia*'sı içine alma amacıyla yapılan *manus* işlemi yani *conventio in manum*, şekle bağlı bazı tipik özel hukuk işlemleri ile yapılırdı. Bu şekilci işlemler, *confarreatio*, *coemptio* ve *usus* idi.<sup>332</sup> Bu işlemlere, çalışmamızda kadınların *manus* altına alınması konusu incelenirken de değinilmişti. Ancak bu bölümde, söz konusu işlemler, evlilik akdinin kurulması bakımından ele alınacaktır.

---

<sup>330</sup> Paribeni, **a.g.e.**, s. 36-37.

<sup>331</sup> Bierkan, Sherman, Stocquart, **a.g.m.**, s. 303; Max Radin, "A Glimpse of Roman Law ", **The Classical Law Journal**, Vol.45, No 2:71-79, (November 1949), s. 75.

<sup>332</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 245.

*Manus*'lu evlilikte, Roma Hukuku'nda en eski evlenme şekli, *confarreatio* olarak bilinirdi. O zamanın yüksek zümresi tarafından tercih edilen *confarreatio*, tamamen Roma'ya özgü bir evlenme şekli olmasıyla ünlüydü. Bu denli önem taşıyan *confarreatio*'nun, bir dizi tören eşliğinde, şekle bağlı kurallarla gerçekleştirilmesi gerekiyordu. Bu nedenle çalışmamızda, diğer evlenme şekillerine nazaran evlenmenin özellikle bu türü üzerinde daha etraflıca durmak uygun görülmüştür.<sup>333</sup>

*Confarreatio* usulüne göre evlenme dini törenle yapılıyordu. Kutsal bir işlem olan *confarreatio*, on adet tanığın önünde yapılırdı.<sup>334</sup> *Confarreatio*, evlenme merasimlerinin en dinsel içerikli olanı idi ancak buna rağmen herhangi bir umûmî mabede gitmeden ya da rahibe başvurmadan, yalnızca evlenecek olan çiftin akrabalarının katılımıyla, evlenecek çiftin ailelerinin evlerinin kendi mabedinin önünde yapılırdı.<sup>335</sup> Evlenecek olan kız genellikle *patria potestas* altında olduğundan, yalnızca aile babası olan kimse kızı egemenliği altından çıkartma yetkisine sahipti. Aile babası kızı egemenliğinden çıkartınca, kız o güne kadar ait olduğu aileden ve dolayısıyla, o güne kadar üyesi olduğu din birliğinden çıkartılmış olacaktı. Dini tören, üç aşamada yapılmaktaydı: İlk aşamada, evlenme akdi ve kızın kocasına *traditio* ile teslimi yapılırdı. İkinci aşamada, kadının kocasının evine götürülmesi (*deductio in manum*) söz konusu olurdu. Üçüncüsü ise, kocanın karısını evinde kabul ettiği aşamaydı. İlk aşamada, bu dini törene kızın babasının evinde başlanırdı. Günün erken saatlerinde, sabahtan kuşların uçuşlarına bakılır ve bundan olumlu bir sonuç çıkarsa, bu sonuç merasim için toplanan davetlilere bildirilirdi. Ardından, ayin ve dualar eşliğinde evin eski ocağında Jupiter'e bir koyun kurban edilirdi. *Patria potestas* hükümlerinin tam anlamıyla uygulanabilmesi için, hemen *manumissio*'nun yapılması yani evlenecek olan kızın kendi ailesiyle olan bağına son verilmesi ve bundan sonra da kızın *traditio* ile yeni aile babasına, yani, *manus* kurarak bundan böyle evlenecek olan kızın üzerinde vesayet ve himaye hakkını sürdüreceği olan kocasına teslim edilmesi gerekiyordu.<sup>336</sup> Eski gelenekler gereği, evlilik töreninin yapılması asla ihmal edilemezdi. Nitekim taraflar evlilik töreninin dini niteliği yanı sıra, hukuki bir değeri olduğunu düşünürlerdi. Hukuki

<sup>333</sup> W.Frier – A.J. McGinn, **a.g.e.**, s. 54.

<sup>334</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 245; Watson, "**Roman Private Law...**", s. 103.

<sup>335</sup> Roberto Paribeni, "Roma Hukukunda Aile Kurumu", **İ.Ü.H.F.M.**, Cilt 1, Sayı 1: 79-96, (1935), s. 94.

<sup>336</sup> Paribeni, **a.g.m.**, s. 37-38.

birliktelikleri *concupinatus*'dan ayıran ölçüt, tarafların karşılıklı rızalarının uygunluğu (*consensus*) dışında, gerek *manus*'lu, gerek *manus*'suz evlenmelerde aynı olan, geleneklere uygun olarak yapılan dini merasim ve düğün merasimi idi. Gelinin, kocanın evinde dinsel törenler eşliğinde takdim edilişi, evliliğin başlangıcı olarak kabul edilirdi. Bu takdim ediliş, “*deductio in donum mariti*” olarak adlandırılırdı. Evlenme merasimi, kocanın karısını kendi evinde kabulüyle son bulurdu.<sup>337</sup>

Ancak Roma'nın en eski devirlerinde uygulanan bu usulde, evlenecek olan kızın iradesinin dikkate alınmadan evlenme işleminin yapılması, doğruluk ve mantık kuralları çerçevesinde işleyen ve insaniyet hislerini gözeten Roma düşünce yapısıyla bağdaşmıyordu. Bu sebeple zaman içinde, evliliğin geçerli olabilmesi ve sağlam temellere dayanması için, hem evlenecek olan kadın ve erkeğin rızalarının bulunması hem de evlenecek çift üzerinde *patria potestas* sahibi kimselerinin rızalarının bulunması şart oldu. Nitekim evlenmeyi diğer birlikteliklerden<sup>338</sup> ayıran özellik, evlenmede karı-koca olma niyetinin bulunmasıydı. Tarafların karı-koca olma niyetine sahip olmaları, onların evlenmek için karşılıklı rızalarının bulunduğu işaretler.<sup>339</sup> Bu durum aynı zamanda, kocanın, kendi sahip olduğu durumun kadın için de geçerli olmasını istemesi, yani kocanın kadını kendisine eş olarak uygun görmesi anlamına gelirdi ve bu niyet Roma Hukuku'nda *affectio maritalis* olarak adlandırılırdı. Evliliği diğer birlikteliklerden ayıran iki unsurdan biri olan *affectio maritalis*, evlenmenin subjektif unsuru idi. *Honor matrimonii* (evlilik şerefi) yani toplumda karı koca olarak yer edinmek ise objektif unsurdur.<sup>340</sup> İmparatorluk dönemine ait hukuki metinlerde, evlenme için karşılıklı rızaların açık olarak belirtildiğine rastlanmaktadır. *Plutark* tarafından günümüze aktarıldığı üzere, kocasının evine girmeden önce, gelini getirenler tarafından geline sözlendirilen belli sözlerden oluşan bir formül vardı. Bu formüle göre nişanlı kız müstakbel kocasına, “*ubi tu Gaius, ego Gaia*” yani “senin *Gaius* olduğun yerde ben de *Gaia*'yım” demeliydi. Bu sözler, Romalıların aile ve evlilik kurumuna verdikleri önemi

<sup>337</sup> Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (New Series, Vol. 43, No.2, Philadelphia: American Philosophical Society, 1953), s. 427; Bierkan, Sherman, Stocquart, *a.g.m.*, s. 304; Rado-Basman, *a.g.m.*, s. 542.

<sup>338</sup> Diğer birliktelikler ile kastedilen *concupinatus* gibilerdir. *Concupinatus* hakkında, çalışmamızda 3.2.2.1.4'te açıklama yapılmıştı.

<sup>339</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s. 177, Bierkan, Sherman, Stocquart, *a.g.m.*, s. 303.

<sup>340</sup> Bierkan, Sherman, Stocquart, *a.g.m.*, s. 304; Treggiari, *a.g.e.*, s. 54; Talamanca, *a.g.e.*, s. 77-78; Pugliese, *a.g.e.*, s. 251 ve s. 253; Somer, *a.g.m.*, s. 160.

bir kez daha kanıtlamakla birlikte, evlenecek olan kızın kendi babasının egemenliğinden çıktıktan sonra kocasının ailesine girmek istemek konusundaki kararlılığını ifade ediyordu. Rızanın başka bir görünüm şekli, mihrabın önünde yapılan ve evlenme töreninin doğal bir ifadesi olduğu düşünülen “*dextrarum tunxtio*” idi. Evlenme merasiminin bir ifadesi olan *dextrarum tunxtio*’ya göre *traditio* yapıldıktan sonra, evlenecek kadını dualar ve şarkılar eşliğinde törenle kocasının evine götürülen düğün alayı yapılıyordu. Düğün alayının yer aldığı, şenlik ortamında gerçekleşen bu törende çocuklar “*sparge, marite, nocet!*” gibi belli sözleri söyleyerek kocadan ceviz istiyorlardı. Kadın, anası ve babası hayatta olan üç genç ve ellerinde meşaleler bulunan yakınlarından oluşan düğün alayı ile birlikte, akşam karanlık olunca, kocanın yaşadığı yani evlenecek kadının bundan böyle yaşayacak olduğu eve vardığında, kendisine ateş ve su sunulurdu. Bunun üzerine kadın, kapının eşiğine zeytinyağı dökerdi ve kapının tokmağına yün sarardı. İşte tam bu sırada, kadının yukarıda bahsedilen “*ubi tu Gaius, ego Gaia*” yani “senin *Gaius* olduğun yerde ben de *Gaia*’yım” sözlerini söylemesi gerekiyordu. Daha sonra, çok eski bir gelenek olan, kız kaçırma olayının anılması ve âdeta canlandırılması için, koca, karısını kolları arasında kaldırıp kapının eşiğinden öyle geçiriyordu. Kadının evden içeriye kocanın kolları arasında girişinin diğer bir sebebi de, kadını kapının eşiğine takılıp düşmekten korumaktı. Böylelikle kadının eve attığı ilk adımının güvenli ve iyi olmasını sağlamak amaçlanırdı. Yeni ailesinin evinde yanan ateşin önünde kadın yeni ailesinin atalarına tapındıktan sonra, karı ve koca, kadının kendi babasının evinde kurban edilmiş bir koyunun yüzülmüş olan derisi üzerine birlikte oturup, *panis farreus* adlı, buğdaydan önce kullanılmakta olan bir cins tahıldan yapılan ekmeği yiyorlardı.<sup>341</sup>

Klasik dönemde *confarreatio* artık kullanılmaz olmuştu.<sup>342</sup> Zaman içinde evlenme ile ilgili olarak mal ve mülkün muhafazası gereksinimi güncellik kazanmaya başlamıştı. *Confarreatio* yönteminin aşırı şatafatlı oluşu ve yavaşlığı, bu yöntemin kullanılabilirliğini azalttığı düşünüldüğünden, kadını kocasının *familia*’sı içine alma

<sup>341</sup>Paribeni, **a.g.e.**, s. 42; Bierkan, Sherman, Stocquart, **a.g.m.**, s. 309; Paribeni, **a.g.m.**, s. 92-93; Frier-McGinn, **a.g.e.**, s. 54; Rado-Basman, **a.g.m.**, s. 542-543.

<sup>342</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 245.

amacıyla yapılan hukuki işlem olan *conventio in manum*'un diğer iki şekli olan *coemptio* ve *usus* kabul edilip kullanılmaya başlandı.<sup>343</sup>

*Coemptio* ve *usus* hakkında daha önce çalışmamızda 3.2.2.2'de açıklamalar yapıldığından, burada yeri geldiği üzere bu iki yönteme kısaca değinmek uygun görülmüştür. Hayali bir satış olan *coemptio* ile baba, kızını müstakbel kocaya veriyordu. *Coemptio*, *mancipatio* işlemi ile kadının kocasına satış işlemi olduğundan, bu işlem sonucunda kadının kocasının kölesi durumuna gelmesi önlenmek istendiğinden, kadının rızası aranılıyordu. *Coemptio* da şekilci bir işlem idi. En eski devirde, *coemptio*, gelinin satımı gibi gerçekleştiriliyor olabilirdi ancak daha sonraları, gösremelik tek bir kuruş karşılığında yapılar oldu. En sonunda, *coemptio*'da *stipulatio* gibi sözlü şekil kullanılır oldu, şöyle ki, evlenecek kişiler birbirlerine evlenmek isteyip istemediklerini sorar olmuşlardı. *Usus* ise, zamanaşımı yoluyla evlenmektir. Şöyle ki, üç gün üst üste ayrılmamak şartıyla bir adamla bir yıl boyunca birlikte yaşayan bir kadın o adamla evlenmiş sayılıyordu. *Usus*, şekle bağlılık arz etmiyordu. *Coemptio* ve *usus* ile koca, kadın üzerinde *manus* tesis etmiş sayılıyordu.<sup>344</sup>

Romalıların evlenme töreni, evlenecek olan çiftin ailelerinin evlerinde bulunan mabedlerde yapılıyordu. Romalıların gelenek ve görenekleri gereği uymak zorunda oldukları yükümlülükler, ailelerin yaşadığı evlerde yerine getiriliyordu.<sup>345</sup>

Roma'da evlilikler monogramik evliliklerdi. Dolayısıyla aynı kadının iki kocası ve aynı adamın iki karısı olamazdı.<sup>346</sup> Evliliğin devamı için mutlak surette bir arada yaşamak gerekmiyordu.<sup>347</sup> Devlet, evlenme için bazı kurallar koymuştu. Ahlak ve genel sağlık gereği, evlenme için yasal bir yaş sınırı vardı. Bazı siyasi sebepler ve ırkın saflığını korumak için de yaş sınırı gerekli görülmüştü. Bu yaş sınırı erkekler için ondört, kızlar için oniki idi. Roma'nın ilk zamanlarında evlenme hakkı, yalnızca *ius connubii*'ye yani geçerli bir şekilde evlenme ehliyetine sahip olanlara tanınmıştı. İlk zamanlarda yalnızca *patricius*'ların evlenme ehliyeti vardı. Ancak daha sonra

<sup>343</sup> Treggiari, **a.g.e.**, s. 17; Hadley, **a.g.e.**, s. 142.

<sup>344</sup> Paribeni, **a.g.e.**, s. 43; Treggiari, **a.g.e.**, s. 16; Somer, **a.g.m.**, s. 163-164.

<sup>345</sup> Paribeni, **a.g.e.**, s. 43.

<sup>346</sup> Bierkan, Sherman, Stocquart, **a.g.m.**, s. 303.

<sup>347</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 176-177.

*Caracalla* zamanında, Roma sınırları içinde yaşayan herkese Roma vatandaşlığı ve dolayısıyla evlenme hakkı verildi.<sup>348</sup> Ancak yine de bazı yasaklar devam ediyordu. Örneğin bir kimse Yahudi ise, Hıristiyan bir kimse ile evlenemezdi. *Iustinianus*'un emirnamesiyle, kız kaçırılan ile kaçırılan kızın evlenmesi yasaklanmıştı.<sup>349</sup>

Romalılar, evlilik kurumunun başlıca amacını çocuk yetiştirmek yani soyun devamını sağlamak olarak görüyorlardı. Yeni nesillerin dünyaya gelmesini sağlamak, dolayısıyla ailenin devamını sağlamak onlar için çok önemliydi. Aile fertlerinin ölmesi ve yeni nesillerin türememesi demek, bir ailenin yok olmaya yüz tutması demektir. Bu aynı zamanda, o aile dininin de yok olmaya yüz tutması anlamına geliyordu. O nedenle, Roma'nın ilk zamanlarında bekârlık, âdeta aile dinine karşı işlenmiş bir günah sayılırdı.<sup>350</sup>

Evlenme sonucunda kadının statüsü kocasıyla benzer duruma gelirdi. Evlilik sırasında doğan çocuklar ise, Roma vatandaşı olarak doğup, babanın ailesine girmiş olurlardı. Mameleki koruma amaçlı olarak, eşler arasındaki ilişkiyi menfaat gerektiren sebeplerle zedelememek için, eşler arasında bağışlamalar yasaktı. Gelenekler gereği, eşi ölen bir kadın, matem süresi niteliğindeki, yaklaşık bir senelik bekleme süresi geçtikten sonra evlenmeliydi. Ancak kadın bu süreye uymazsa, evlilik geçerli olmakla birlikte, *infamis* sayılırdı.<sup>351</sup>

Roma Hukuku'nda evlenme üç önemli devre geçirmiştir. Bunlar, evlenmenin yalnızca *manus* ile yapıldığı devre, *manus*'lu evlenme ile *manus*'suz evlenmenin birlikte yapıldığı ikinci devre ve *manus* ile evlenmenin son bulduğu üçüncü devredir. *Manus*'lu evlilikler, Klasik Öncesi dönem'de yapılmaktaydı. Kaynaklara göre, *manus*'lu evlilikler, M.S. 3. yüzyılda artık yapılmaz olmuştu. *Manus*'suz evliliklerin ne zaman yapılmaya başlandığı hakkında ise kaynaklarda net bir bilgi bulunmamaktadır. Bazı kaynaklara göre, XII Levha Kanunu zamanında *manus*'suz evlilik yapılmaktadır, bazı kaynaklara göre ise *manus*'suz evlenme hukuk düzeni tarafından ancak M.S. 4. yüzyılın

<sup>348</sup> Paribeni, **a.g.e.**, s. 44.

<sup>349</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 191.

<sup>350</sup> Paribeni, **a.g.m.**, s. 82.

<sup>351</sup> Rattigan, **a.g.e.**, s. 133; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 191-192; Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s. 230-231.

sonuna doğru tanınabilmiştir. *Manus*'suz evlenme yapılabilmesi için, merasime ya da hukuki bir şekle gerek yoktu. Ancak taraflar isterlerse, ne geçerlilik ne de ispat açısından hükmü olmayan yazılı bir evlilik anlaşması yapabilirlerdi. Hukuk tarafından tanınan *manus*'suz evlenme için, tarafların birbirine uygun rızası, kadının kocanın evine getirilmesi ve kadının kocanın evine yerleşmesi, ayrıca gelecekte çocuk yetiştirmek konusunda hemfikir olmaları yeterliydi. Eşlerin evli kalma iradesi var oldukça, *manus*'suz evlilik devam ederdi. Fiili bir durum olan *manus*'suz evlenme, günümüzdeki evlenme akdinden çok, serbest birlikteliklere benzer. Kaynaklara göre, Klasik dönemde şekilsiz evlenmeler yapılmaktaydı. Hukuki alanda şekle bağlı işlemlere geniş yer veren Romalıların, *manus*'suz evliliği tanınması düşündürücüdür, ancak bu durum, Romalılar'ın, *manus*'suz evlenmeyi hukuki bir işlem olarak tanımayıp, adetler gereği hukuki bir sonuca bağlanan bir fiil olarak kabul etmiş olmalarıyla açıklanabilir. *Manus*'lu evlenme ve *manus*'suz evlenme için gereken şartlar aynıydı. Bunlar; evlenecek çiftin rızası, aile babasının izni, yaş (kadınlarda on iki yaş, erkeklerde on dört yaş) ve *conubium* idi. *Manus*'suz evlenen kadın, kocasının *patria potestas*'ı altına ve kocasının ailesine girmezdi. Evlenmeden önce *sui iuris* ise, evlendikten sonra da öyle kalırdı. *Sui iuris* kadının malları yine kendi malı olarak kalırdı. Kocanın ölümü halinde, kadın mirasa hak kazanamazdı. Kadın ile çocukları arasında *agnatio* hısımlığı değil, *cognatio* hısımlığı doğardı. *Manus*'suz evlilikte doğan çocuklar, *manus*'lu evlilikte olduğu gibi, babanın *patria potestas*'ı altına girerlerdi. Ancak *manus*'lu evlenen kadın, daha önce de belirtildiği gibi bundan böyle kocasının kızı, çocuklarının ise kardeşi durumuna gelirdi. *Manus*'lu evlenen kadının, eski ailesiyle olan *agnatio* hısımlığı sona ererdi. Kadın, evlilik sırasında *sui iuris* ise tüm malvarlığı kocasına geçerdi. Kadının evlilikten sonraki iktisapları da kocasına geçerdi.<sup>352</sup>

### 3.3.3. Evlenmenin Sona Ermesi

Roma'da evlilik bağı, eşlerden birinin hürriyetini kaybetmesi, vatandaşlık hakkını kaybetmesi, boşanma ya da karı ve kocadan birinin ölümü ile ortadan kalkardı.

---

<sup>352</sup> Selek, **a.g.m.**, s. 226-227 ve 229; Pugliese, **a.g.m.**, s. 346; Rado-Basman, **a.g.m.**, s. 541.

Hürriyetin kaybedilmesiyle evlenmenin sona ermesi sebepleri arasında savaşta esir düşmek (*captivitas*) yer alır. *D. 24.2.1*'e göre, savaş esirinin karısı, kendisi istese ve kocasının evinde yaşıyor olsa da, yine de evli sayılmazdı. *Iustinianus*'un yaptığı düzenlemelerle, kocanın esir olduğu süre boyunca kadının yeniden evlenmesini yasaklayarak evliliğin devam etmesini uygun görmüş olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, ancak kadın beş sene bekleyip, kocasının hayatta olup olmaması şüpheli duruma geldikten sonra evlenmesine izin verilirdi. Eşi esir olmuş olan hür bir kadın, yasağa rağmen yeniden evlenmiş ise cezalandırılırdı. Madenlerde çalışan, ömürboyu kürek mahkûmu olanların içinde buldukları cezai kölelik, evlilik ilişkisinin sona erme sebebi olmaması için *Iustinianus* tarafından kaldırılmıştı. *Iustinianus*'un yaptığı düzenlemelere göre, sürgün cezası alan kimselerin evliliği de sona ermiş sayılmıyordu.<sup>353</sup>

Kayınpeder, oğlunu ya da kızını *emancipatio* ile baba egemenliğinden çıkarmadan, gelin ya da damadı *adoptio* yoluyla evlatlığa kabul etmişse, eşler bu durumda kardeş durumuna gelirdi ve *conubium* ortadan kalkar, evlilik sona erdi. Bu duruma *incestum* denirdi. Ancak *Iustinianus* hukukuna göre böyle bir şey söz konusu olamazdı çünkü bu yolla evlat edinmelerde, kız ya da oğlun baba egemenliğinden çıkarılması zorunluluğu vardı.<sup>354</sup>

Sonradan ortaya çıkan bazı engeller de evliliğin sona ermesine sebep olabilirdi. Eşlerden birinin genel durumunun değişmesiyle evlenme geçersiz hale gelebilirdi. Örneğin azatlı bir kadının kocasının ya da azatlı bir erkeğin kayın pederinin senato üyesi seçilmesi halinde evlenme geçersiz hale gelebilirdi. Senato üyesi olan kimsenin azatlılarla evli olmasının yasak teşkil etmesini *Iustinianus* kaldırdı. Çünkü ona göre, erkeğin sosyal durumundaki iyileşmenin, kadın tarafından arzulanmayan bir durum olması tezat oluşturuyordu. Nitekim bu iyileşme, evliliği sona erdiren bir neden olmamalıydı. Aynı bir durumda, bir senato üyesinin karısı tiyatro sanatı icra etmekteyse, senato üyesi, *Iustinianus* dönemi düzenlemelerine göre karısını boşamak zorundaydı. Ancak bir senato üyesinin karısının annesi ya da babası tiyatro sanatı icra etmekteyse,

<sup>353</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 196.

<sup>354</sup> Somer, **a.g.m.**, s. 176-177; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 195; Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, s. 85.



senato üyesi, *Iustinianus* dönemi düzenlemelerine göre karısından boşanmak zorunda değildi.<sup>355</sup>

### 3.3.4. Boşanma

Roma'da evlilik, karı koca olma niyetinin yok olması ve ortak hayatın bitmesiyle sona ererdi.<sup>356</sup> Her iki tarafın iradesiyle ya da tek tarafın iradesiyle evlilik bağının çözülmesine *divortium* denirdi. Eşlerden birinin diğerine evliliği sona erdirmek isteğini bildirmesine *repudium* denirdi. *Repudium* ile eşler, boşanmayla ilgili iradelerini açık şekilde sözlü olarak, zımni şekilde davranışlarla, yazılı şekilde mektupla, ya da elçi aracılığıyla karşı tarafa beyan etmekteydiler. *Divortium*, yalnız evlilik iradesinin son bulması ile ilgili kullanılırken, *repudium* ise, nişanlılık iradesinin son bulması ile ilgili olarak da kullanılan bir kavramdı.<sup>357</sup> Boşanma, devamlı bir anlaşmanın belirlediği bir ilişki olan Roma evlilik kurumunun son bulmasıydı. Söz konusu anlaşmanın son bulmasıyla evlilik artık devam edemezdi çünkü *consensus* bozulmuş olurdu.<sup>358</sup> Boşanma ile ilgili olarak taahhütte bulunmak ayıp olarak kabul edilirdi.<sup>359</sup> Evlilik anlaşmasının, kızgınlık anında kısa süreli olarak kesintiye uğraması boşanma olarak kabul edilmezdi. Boşanma için, evliliğe son verme ile ilgili olarak ciddi ve kesin bir kararın bulunması gerekirdi. Bu durumda, tarafların boşanma niyetini tespit etmek her zaman kolay olmuyordu.<sup>360</sup> Bir kimse, üçüncü bir kişiyi, boşanma iradesini beyan eden bir yazıyı eşine götürmekle görevlendirdikten sonra pişman olur ve buna rağmen üçüncü şahsa boşanmaktan vazgeçtiğini bildirme olanağını bulamazsa, boşanma iradesini beyan eden kağıdın eşe teslimine rağmen boşanma gerçekleşmez, evlilik devam ederdi.<sup>361</sup> *Manus*'lu evliliklerde yalnızca kocanın boşanmayı istemesi mümkündü, kadın boşanmayı

<sup>355</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 196.

<sup>356</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 85.

<sup>357</sup> John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 73-74; Grubbs, **a.g.e.**, s. 187; Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 165; Berger, **a.g.e.**, s. 439; Talamanca, **a.g.e.**, s. 78, Di Marzo, **a.g.e.**, s. 197; Fulya İlçin Gönenç, "Roma Hukukunda Boşanma (*Divortium*)", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VII, Sayı 1-2:645-654, (Haziran 2003), s. 647.

<sup>358</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 85; Kaser, **Roman Private Law**, s. 248-249.

<sup>359</sup> Buckland, **The Main Institutions of Roman Private Law** (New York: The Macmillan Co., 1931), s. 59.

<sup>360</sup> Grubbs, **a.g.e.**, s. 188; Berger, **a.g.e.**, s. 439; Pugliese, **a.g.e.**, s. 346-347.

<sup>361</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 196-197; Grubbs, **a.g.e.**, s. 189-190.

isteyemezdi. *Manus*'lu evlilikler söz konusu olduğunda, boşanma da şekle bağlı gerçekleşmeliydi. Roma Hukuku'nda o zamanlar, yapılan bir hukuki işlemin ortadan kaldırılması, o işlemin tersi olan işlemle mümkün olduğundan, *confarreatio* ile yapılan *manus*'lu evlilik, bunun tersi olan *diffareatio* yöntemiyle son bulurdu. *Coemptio* ile yapılan *manus*'lu evlilik, bunun tersi işlemlerden *remancipatio* ile ya da *emancipatio* ile son bulurdu. *Manus*'suz evliliklerde ise, şekle bağlı olmaksızın, yalnızca tarafların karşılıklı rızası evlenme akdi için yeterli olduğundan, boşanma da, şekil şartı olmaksızın, tarafların karşılıklı rızasıyla (*divortium*) ya da yalnızca bir tarafın rızasıyla (*repudium*) gerçekleşebilirdi.<sup>362</sup>

Roma kaynaklarından edinilen bilgilere göre, M.Ö. 18 senesinde çıkarılmış olan, *Lex Iulia de Adulteriis* (Zinalar Hakkında Augustus Kanunu) isimli kanuna göre, bir azatlı tarafından, yedi adet Roma vatandaşı huzurunda boşanmanın ilan edilmesi, boşanmanın geçerliliği için şarttı (*D.38.11.1 ve D.24.2.9*). Ancak *Lex Iulia de Adulteriis* uyarınca, her türlü boşanmanın geçerli olabilmesi için, böyle özel bir şekil aranmamaktaydı. Bahsedilen tarihte, özel şekil kurallarına uyma zorunluluğu, eşlerden yalnızca bir tanesi boşanmayı isterse aranmaktaydı.<sup>363</sup>

Roma'da Klasik dönemde, henüz boşanmanın yalnızca belli sebeplerin var olması durumunda mümkün olabileceği fikri yer etmemişti, hatta o dönemde, hiçbir sebep olmaksızın boşanmak mümkündü. Boşanmada, kusurlu olan eşin evliliğin son bulmasına sebep olması durumunda para cezası ödemesinin uygun bulunması fikri sonraları yerleşmiştir. Boşanma ile ilgili düzenlemenin yeniden şekillenmesi Hıristiyanlığın kabulünü takip etti. M.S. 331 yılında, Hıristiyan imparator *Constantinus* boşanma ile ilgili köklü düzenlemeler yaptı. Bu düzenlemelere göre, eğer koca, *tria crimina* (üç suç) denen adam öldürmekten, birini zehirlemekten ya da mezarlara saldırmaktan suçlu ise, bu durumda karıya boşanma talep edebilme hakkı tanındı. Ancak bunların dışındaki hallerde kadın boşanmak istediğinde, kadın *dos*'u ve kocasından almış olduğu herşeyi geri vermeğe mecburdu. Koca ise, eğer karısı zinadan, zehirlemekten ve ahlaksızlığa sebep olmaktan suçluysa, karısını boşamak hakkına sahipti ancak bu durumlar dışında koca karısını boşamışsa, *dos*'u geri vermeye, ayrıca

<sup>362</sup> Selek, **a.g.m.**, s. 230; Somer, **a.g.m.**, s. 177-178; Berger, **a.g.e.**, s. 439.

<sup>363</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 85; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 197.

ikinci defa evlenmemeye mecburdu. Koca, bu durumda ikinci defa evlenmesinin yasak olmasına rağmen evlenirse, hakarete uğramış sayılan ilk karısı eve girerek yeni karının getirmiş olduğu *dos*'a el koyabilirdi. Boşanma özgürlüğünü kısıtlayan zorlamalar içeren eski düzenlemeleri oldukça sert bulan İmparator II. *Theodosius*, M.S. 439'da, evliliği bozma yönündeki iradenin şekli bir beyana tâbi tutulmasını emrettikten sonra, boşanmayla ilgili önceki düzenlemeleri yürürlükten kaldırdı ve boşanmanın uygun olmasını tek bir şartın varlığına bağladı. Bu şart, "*sola contraria voluntate*" yani "karşılıklı olarak evlilik rızasının bulunmaması" idi. Bu yeni düzenlemenin ve evliliği bozma yönündeki iradenin şekli bir beyan ile açıklanması zorunluluğunun getirilmesinin gerekçesi, "*solutionem etiam matrimonii difficilior debere esse favor imperat liberorum*" yani çocukların menfaati sebebiyle evliliğin bozulmasının zorlaştırılması gerektiği düşüncesinin hakim olmasıdır. İmparator II. *Theodosius*, daha sonra yapmış olduğu düzenlemelerde, bir takım suçları ve evlenmenin saygınlığını ihlâl eden diğer bazı işlemleri kastederek, hukuki sebep bulunmadan boşanmayı (*sine iusta causa*) yasakladı. Buna karşılık mazeretsiz boşanma cezalarını ise hafifletti. Yeni kanunun gerirdiği düzenlemeye uymayıp boşanan kadın, beş sene içinde evlenemezdi. Kadın evlenmesi durumunda, şerefsizliğe (*infamia*) mahkûm edilirdi. İmparator *Anastasius* ise, M.S. 497 yılında çıkardığı bir emirnamede açıkladığı üzere, karşılıklı rızaların uyuşması ile boşanma durumunda kadın, yeniden evlenebilmek için yalnızca bir sene beklemek zorundaydı.<sup>364</sup>

*Iustinianus*, evliliği bozma yönündeki iradenin şekli bir beyana tâbi tutulması gerektiği prensibini benimseyerek, öncelikle İmparator II. *Theodosius*'un M.S.449 da çıkarmış olduğu kanundaki boşanma sebeplerine hem yeni emirnameler ile eklemeye bulundu, hem de Klasik dönem hukukçularının eserlerindeki bazı bölümleri değiştirerek bu eserlere yeni sebepler eklemiş oldu. *Iustinianus*'un benimsediği düzenlemeye göre boşanma sebeplerinden biri, eşlerden birinin tedavisi mümkün olmayan akıl hastalığına yakalanmasıydı, diğeri ise en az beş yıl boyunca karının ya da kocanın savaş esiri olmasıydı. Daha sonra M.S. 535 yılında *Iustinianus*, yeni düzeltmeler yaptı ve evlilik bağının çözülmesinin cezalı ve cezasız şekilde olabileceği düşüncesini temel alarak, dört farklı şekilde boşanma olabileceğini düzenledi: Karşılıklı rıza ile boşanma, kimseye

<sup>364</sup> Di Marzo, a.g.e., s. 199-200; Gönenç, a.g.m., s. 652-653.

kusur yüklenemeyen durumda boşanma, hukuki sebebe bağlı olarak boşanma ve hukuki sebep olmaksızın boşanma. Karşılıklı rıza ile boşanmanın eşler arasındaki anlaşmalarla düzenlenmesini uygun bulduğundan bu boşanma türü ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme yapmadı. *Iustinianus*'a göre, ölüm, savaş esirliği ve sonradan köle olmaya denk olduğu kabul edilen, bir kimsenin kendisini Tanrı'ya adaması, evliliği bozan kimsenin kusuruna bağlı olmayan bir durumdu. Doğal olarak, eşlerin yaşamları boyunca karşılaşılabilecekleri tahmin edilen tüm boşanma sebeplerinin cezalı boşanma ve cezasız boşanma ayrımına tâbi tutulması zorunluluğu, boşanmayı Klasik dönemin düşünce yapısından kopacak halde, diğer ayrılma sebepleri arasına soktu. *Iustinianus*, kendi yaptığı düzenlemelerden önce de evlenmenin *bona gratia* (hüsnü rıza) ile sona ermesinin mümkün olduğunu yeri geldikçe vurgulamıştı.<sup>365</sup>

Bir süre sonra *Iustinianus*, o zamana kadar yapmış olduğu düzenlemelerle boşanmanın gereğinden fazla kolaylaştırılmış olduğu düşüncesine kapıldı ve derhal yeni çalışmalar başlatarak, zamanın hukukçularıyla birlikte boşanmanın kolaylaştırılmış olmasının yaratabileceği sakıncaların önüne geçmeye çalıştı. Yapılan yeni düzenlemeler ile kanuni boşanma sebepleri azaltıldı. Ayrıca, eşlerin karşılıklı rıza ile boşanmaları durumunda bile taraflara cezai yaptırımlar uygulanmasını şart koştu. Öyle ki, kanunlara uymaksızın boşanan kadına, malvarlığını azaltan cezalar verilmesi yanında, ömürboyu manastıra kapanma cezası da verilmekteydi. Daha sonraki zamanlarda, eşlerden birin rahip ya da rahibe olması durumunda, evlenmenin hiçbir şekil kuralına bağlı olmaksızın sona erebileceğine karar verdi. Ayrıca yeni düzenlemelerle, yasal olmayan bir sebeple karısını boşayan kocaya, karıya verilen cezaların verilmesi mümkün kılındı. Son olarak, karşılıklı rıza ile boşanma yasağının devam etmesine ilişkin düzenlemenin hükmünü sürdürmesiyle birlikte, yeni bir düzenleme getirilerek, kanuni boşanma sebepleri gözetilmeden boşanan karı kocaya, bir manastıra kapanma cezası verilmeden önce onlara yeniden evlenebilme hakkı tanındı. Buna göre, yeniden evlenmeye razı olan kimsenin cezaları affediliyordu. Ancak, boşanmanın bu denli zorlaştırılması, bazı durumlarda, yürümeyen evliliklerin zorla devam ettirilmeye çalışılmasına sebep olduğundan sakınca yaratmaktaydı. Nitekim eski geleneklerin etkisi devam etmekteyken, toplumun yapısı ile ilgili bir konuda hukuki düzenlemelerle zorlama bir

---

<sup>365</sup> Di Marzo, *a.g.e.*, s. 200; Grubbs, *a.g.e.*, s. 188; Nicholas, *a.g.e.*, s. 87.

yapı oluşturmaya çalışmak, beklenen sonuçların tersine, zararlı sonuçlar doğurmaktaydı. Bu sebeple *Iustinianus*'tan sonra, onun halefi tarafından M.S. 566 yılında, o zamana kadar yapılmış olan boşanmaya ilişkin düzenlemenin hükmünü sürdürmesi uygun görülmüş, ancak yapılan bir değişiklikle, karşılıklı rızaya dayanan boşanmanın mümkün olabilmesi yeniden kabul edilmişti.<sup>366</sup>

### 3.3.5. *Dos* Tesisi

#### 3.3.5.1. *Dos*'un Tanımı

Roma'da, kadının tarafının kocaya maddi katkıda bulunması olarak gelişen sosyal görev, *dos* verme ile icra ediliyordu. *Dos*, genellikle evlenme işlemi sırasında verilmekteydi.<sup>367</sup> *Dos* vaadi ise genelde nişanlanma sırasında yapılırdı.<sup>368</sup> *Dos*, mutlak hediye niteliğinde değildi.<sup>369</sup> *Dos*, kocanın evlilik dolayısıyla çoğalan ev masraflarını ya da daha yerinde bir deyimle aile masrafları (*onera matrimonii*)'nı karşılaması için kadının kendi ailesi tarafından verilen ve kocanın malvarlığını arttıran şeylerdi.<sup>370</sup>

*D.23.3.56.1*'e göre, ailenin masraflarının bulunduğu yerde *dos*'un tesis edilmesi gerekmektedir. Roma'da evin bütün masrafları kocaya ait olup, kadının bu masraflara katılması şart değildi. Bu durum hakkaniyete aykırı olarak değerlendirildiğinden, zaman içinde kadının aile masraflarına *dos* vererek katkıda bulunması adet haline gelmişti.

<sup>366</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 201.

<sup>367</sup> Frier-Mc Ginn, **a.g.e.**, s. 72; Voci, **a.g.e.**, s. 534-535.

<sup>368</sup> Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 167.

<sup>369</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 85.

<sup>370</sup> Roma hukuku kaynaklarından edinilen bilgiye göre, *dos* tesis edilmesi ihtiyacı şu sebeplerden kaynaklanmıştı: Evliliğin tüm yükünü kocanın taşıması, kadının malvarlığı sahibi olma yetkisinin bulunmadığı *manus*'lu evliliklerde söz konusuydu. Bu tip evliliklerde, kadının da ev masraflarına katılabilmesi için, evliliğin başında bir katkıda bulunması gereği doğmuştu. Ayrıca, *manus*'lu evlilik yapan kadın, bu evlenmeyle kendi ailesindeki miras hakkını kaybederdi. Miras hakkını kaybeden kadına, hakkaniyet gereği uğradığı bu kaybın giderilmesi için, bu hakkın yerini tutabilecek bir miktar para ya da bir mal verilirdi ve bu verilen şeye "*dos*" denirdi. Sıradan bir ailede *dos* olarak kadına verilen şeyler, bugünkü anlamda çeyize eş değer olan elbise ya da ev eşyası idi. Zengin bir ailede ise *dos* olarak kadına malvarlığı değerinde bir şey verilmekteydi. Baba egemenliği altında olmayan bir kadın ise, *manus*'lu evlilik yaparken tüm malvarlığı kocasının tarafına geçeceğinden, artık kendisi *dos* getiremezdi. Bu durumda, bu kadının babasının atası tarafından ya da üçüncü bir kimse tarafından *dos* tesis edilmesi mümkündü. Asıl *dos* tesis edilmesi, *manus*'suz evliliklerde mümkün olmuştur. *Manus*'suz evliliklerde, örneğin, başkasının egemenliği altında olmayan kadın malvarlığına sahip olmaya yetkili olduğundan, evlilik masraflarına *dos* vererek katılabilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Koschaker, **a.g.e.**, s. 316.

Önceleri *dos*, örf adet gereği tesis edilirken, zamanla *dos*'un tesisi hukuki bir zorunluluk haline gelmiştir. Kadının şahsi mameleki yoksa, *dos*'u babası, kardeşleri, hatta üçüncü kişiler verirlerdi.<sup>371</sup> *Emancipatio* ile baba hakimiyetinden çıkarılan kız evlat için de babası *dos* verirdi ancak böyle bir kız evladın evliliğinin sona ermesi durumunda *dos*, kocanın mamelekinde kalırdı.<sup>372</sup> Evlat edinilmiş olan kız için de aile babası *dos* vermekteydi. Genellikle köleler, çiftlik gibi gayrimenkuller *dos*'un konusunu oluştururlardı.<sup>373</sup> Malvarlığı değeri arz eden her şey *dos* olarak verilebilirdi. *Dos* olarak verilen malın ekonomik değeri olması zorunlu değildi, süs eşyası da *dos* olarak verilebilirdi. *Dos* olarak verilen malın gelir getirmesi de zorunlu değildi.<sup>374</sup> Bir alacak hakkı da *dos* olarak temlik edilebilirdi.<sup>375</sup> Gelir getiren malların *dos* olarak verilmesi daha makbul idi çünkü bu tür mallar süreklilik arz eden ev masraflarının karşılanması için daha elverişliydi.<sup>376</sup> Görüldüğü üzere, *dos* olarak tesis edilebilecek malların kapsamı konusunda taraflar için serbesti söz konusuydu. Ancak *dos* tesisinin şartları ile ilgili olarak taraflara serbesti tanınmamıştı. Örneğin *dos* tesis edilirken, “evlilik sona erdiğinde, *dos* kesinlikle kadına geri verilmeyecektir” diye bir şart taraflarca kararlaştırılamazdı.<sup>377</sup> *Dos*'un miktarı, ailelerin sosyal durumuna göre değişmekteydi ancak bu miktar kadının gireceği yeni ailenin tahmini masraflarıyla orantılı olmalıydı.<sup>378</sup> *Dos*'un miktarının, gelinin ailesinin bir senelik ev geliri ile aynı tutarda olması gerektiğini belirten yazarlar da vardır.<sup>379</sup> Kocanın baba egemenliği altında bulunması durumunda *dos*, evlilik ile kadının girdiği yeni ailesindeki *pater familias*'a verilmekteydi. Ancak D.23.3.56.2'de belirtildiği üzere, *pater familias* ölünce kadının vermiş olduğu *dos*, bütün mirasçılar arasında paylaşılmayıp, kendi kocasına geçirdi.<sup>380</sup>

<sup>371</sup> Kudret Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 32.

<sup>372</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 85.

<sup>373</sup> Frier-McGinn, **a.g.e.**, s. 76.

<sup>374</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 316-317; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 68-69; Bonfante, **a.g.e.**, s. 170.

<sup>375</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 72.

<sup>376</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 33.

<sup>377</sup> Frier- McGinn, **a.g.e.**, s. 73; Bonfante, **a.g.e.**, s. 170-171.

<sup>378</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 78.

<sup>379</sup> Frier- McGinn, **a.g.e.**, s. 73.

<sup>380</sup> Richard P. Saller, “Roman Dowry and The Devolution of Property in the Principate”, **The Classical Quarterly**, New Series, Vol.34, No 1: 195-205, (1984), s. 197; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 33.

### 3.3.5.2. *Dos*'un Hükümü

*Dos*'un hüküm doğurabilmesi için, hukuken geçerli bir evliliğin bulunması gerekmektedir.<sup>381</sup> *Dos*, evlilik sebebiyle tesis edilirdi. Nitekim *D.12.7.5.1*'de geçen “*causa dotis dandae*” ifadesine göre, *dos*'un tesisi işlemi, evlenmeden önce hüküm doğurmazdı. *Dos* kesin sonucunu ancak evlenmeden sonra doğururdu. Evliliğin yapılmasına kadar taraflar *dos*'un tesis işlemini serbestçe değiştirebilirler ya da tamamen ortadan kaldıracabilirlerdi. *Dos* ile ilgili olarak evlenmeden sonra da değişiklik yapmak mümkündü.<sup>382</sup> *Dos*'un tesisi, *ius civile* gereği yapılan bir işlem idi. Bu sebeple, *dos* tesis edilmiş olan bir evliliğin geçerli bir evlilik olup olmadığı da *ius civile*'ye göre değerlendirilirdi.<sup>383</sup> Roma Hukuku'nun gelişimi sürecinde, *dos*'un niteliği de değişime uğramıştır. Şöyle ki, Roma Hukuku'nun gelişim sürecinin ilk başlarında *dos* konusu malların maliki koca iken, sonraları *Iustinianus* zamanında *dos* konusu malların teorik olarak maliki koca sayılmakla birlikte, gerçekte kocanın sahip olduğu hak, evlilik süresince *dos* konusu maldan gelecek gelirden biraz fazlasına karşılık gelmekteydi. *Dos*'un niteliğinin zaman içinde değişmesi, Roma'da kadına tanınan özgürlüklerin gün geçtikçe artmasına ve evliliklerin boşanma ile sonuçlanması oranındaki artışa karşılık geldiği ifade edilmektedir.<sup>384</sup>

Daha önce belirtildiği üzere Roma'da Klasik dönemde evliliği *consensus* meydana getirirdi. Karşılıklı rızalar, ya da bazı yazarlarca ifade edildiği üzere “niyet” var olduğu sürece, evlilik devam ederdi. Niyet, evliliğin subjektif unsurunu oluştururdu ve daha önce de belirtildiği üzere bu unsura “*affectio maritalis*” denirdi. Yani, karı koca ayrı otursalar bile, evli kalma niyetleri var oldukça evlilik devam ederdi.<sup>385</sup> O halde evlilik *consensus* ile doğardı ve *consensus* sürdükçe devam ederdi.<sup>386</sup> *Dos*, geçerli bir

<sup>381</sup> Treggiari, **a.g.e.**, s. 323.

<sup>382</sup> *Dos* ile ilgili olarak evlilikten sonra “*pacta dotalis*” ile ihtiyaç duyulan değişiklikler yapılabilirdi. *Dos* ile ilgili olarak yapılan ilk *pactum* “*cautiones*” idi. “*Cautiones*” *dos*'un geri verilmesiyle ilgiliydi. *Dos* ile ilgili olarak sonradan yapılan ek anlaşmalara “*pactiones*” ya da “*stipulationes*” denmekteydi. Roma hukuku kaynaklarında *dos* ile ilgili pek çok sayıda *pactum*'a rastlanması, *dos* konusunun, *pactum*'ların en fazla kullanıldığı alanlardan biri olduğuna işaret eder. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayiter, “**Dos**”un Tesisi, s. 202-203.

<sup>383</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 6-7.

<sup>384</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 88.

<sup>385</sup> Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 159; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 9.

<sup>386</sup> Grubbs, **a.g.e.**, s. 89.

evliliğin bulunması durumunda hüküm doğuruyordu, geçerli bir evlilik ise *consensus* şartına bağlı bulunmaktaydı.<sup>387</sup>

*Dos*'un, kadının kendisi ya da onun yerine başka bir kimse tarafından evlenme sebebiyle kocaya verilen malların toplamı olduğu belirtilmişti. *Dos*, ölüm ya da boşanma ile evlilik sona erinceye kadar, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak üzere kocanın malvarlığında muhafaza edilirdi<sup>388</sup>. Bir kadının *dos* tesis edilmeden evlenmesi hoş karşılanmazdı. Nitekim *dos* tesisinin amaçlarından biri, kocanın evinde kadına iyi bir statü temin etmektir.<sup>389</sup> Roma Hukuku'nun ilk zamanlarında, kadın tarafının ev masraflarına katkısı niteliğinde olan *dos* konusu mallar, boşanma nadir olduğundan, ve de özellikle çocuklar anneleri üzerinden değil de babaları üzerinden miras hakkı sahibi olabildiklerinden, tamamen ve sonradan geri alınamayacak şekilde kocanın mülkiyetine geçerdi. Ayrıca, *dos*'u temin eden kadının ya da kimsenin, evliliğin sona ermesi durumunda *dos*'un geri dönmesini *stipulatio* ile açıkça şart olarak belirtebildiği durumlar da vardı. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru boşanma oranındaki artış ile birlikte, *dos*, evlilik sona erdiğinde kadının bakımı için teminat teşkil etme gibi ikinci bir amaca hizmet etmeğe başlamıştı. Buna göre kadın, *actio rei uxoriae* adında bir dava ile, herhangi bir açık şarta ihtiyaç duymaksızın, boşanma ya da kocanın ölümü durumunda *dos*'u geri alabilmeye başladı. Böylelikle, koca, *dos*'un sahibi olmasına rağmen, *dos* konusu malların yönetiminin hesabını vermek zorundaydı ve bunun tersine bazı şartlar altında *dos*'un belirli bir yüzdesini devretmemek hakkına da sahipti. Özellikle boşanma, kadının ya da kadının babasının hatasından kaynaklanmışsa, koca, üç çocuğa kadar, her bir çocuk için, *dos* konusu malların altıda birini devretmeme hakkına sahipti. Evlilik sona erdiğinde kadının *dos*'u geri alma hakkı kocaya karşı ileri sürülebilecek şahsi bir hak niteliğindedir.<sup>390</sup>

Kızına ya da kendi bakımını üstlenen bir kadına *dos* vermek, baba için manevi bir görevdi. İlerleyen zamanda *dos* tesis edilmesi, manevi bir görev olmaktan çıkıp, hukuki bir borç haline geldi. *Dos*'un koca tarafından sürekli şekilde, tamamen iktisap

<sup>387</sup> Frier- McGinn, **a.g.e.**, s. 72.

<sup>388</sup> Hadley, **a.g.e.**, s. 147.

<sup>389</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 251.

<sup>390</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 88; Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 169; Bonfante, **a.g.e.**, s. 172-173; Kaser, **Roman Private Law**, s. 252-253; Saller, "**Roman Dowry and ...**", s. 197.



edilmesini önlemek için, ya da kocanın *dos*'un malvarlığını oldukça arttırdığını düşünüp gereksizce rahatlayıp israfa giren davranışlarla tüm malvarlığını tüketmesi tehlikesine karşı, *dos*'u tesis eden kimse, evlilik bozulduğu takdirde *dos*'un kendisine geri verilmesini temin eden, şekli bir anlaşma yapardı. Bu anlaşma, sözlü şekilde *stipulatio* yoluyla yapılırdı. Söz konusu anlaşma, *dos*'u tesis eden lehine *stipulatio* davası (*actio ex stipulatu*) doğurduğundan, kadının malıyla ilgili bir teminat (*cautio rei uxoriae*) niteliğindedir.<sup>391</sup>

### 3.3.5.3. *Dos* Tesisi Şekilleri

*Dos*'un tesisi *Iustinianus* hukukuna kadar şekle bağlı olarak yapılan bir işlemdir. Ayrıca, Klasik dönemde *dos*'un zımnen tesis edilmesi de söz konusu olmamıştır.<sup>392</sup> Klasik dönemde başlıca üç şekilde *dos* tesis edilebilirdi. Bunlardan birincisi, *dos* konusu malın mülkiyetinin devriyle (*dotis datio*) *dos* tesisidir. İkinci şekil ise, *dotis dictio* (*dos* vaadi) denen taahhüt işlemi ile *dos* tesisi idi. Üçüncü şekil ise, miras yoluyla *dos* tesisi (*legatum dotis constituendae*) idi.<sup>393</sup>

*Dotis dictio* (*dos* vaadi), *dotis datio* (*dos* verme) ile ifa edilmekteydi. *Dos*, en kolay şekilde *dotis datio* ile tesis edilmekteydi. Latincedeki “*datio*” kelimesi “vermek, yerine getirmek” anlamına gelmektedir. *Dotis datio* (*dos* verme) yani *dos* konusu malın mülkiyetinin devri denen tesis şeklinde, bir kimse geçerli devir yollarından birisine başvurarak bir mal üzerindeki mülkiyet hakkını, bir alacak hakkını ya da başka bir hakkı devrederek *dos* tesis edebilirdi. *Dotis datio* (*dos* verme) ile, bir tasarruf işlemi yapılarak *dos* konusu eşyanın doğrudan doğruya verilmesi söz konusudur. Kaynaklardan edinilen bilgiye göre, “evlenme sırasında damadın eline *dos* konusu olan eşyaların verilmesi”<sup>394</sup>

<sup>391</sup> Di Marzio, a.g.e., s. 203; Jane F. Gardner, “The Recovery of Dowry in Roman Law”, **The Classical Quarterly, New Series**, Vol.35, No 2:449-453, (1985), s. 449; Emiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının...**, s. 95; Robert Villers, “Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu”, Çev.: Bülent Tahiroğlu, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Ayrı Bası, Cilt XXXIX, Sayı 1 – 4, (1974), s. 9-10.

<sup>392</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 104.

<sup>393</sup> Koschaker, a.g.e., s. 318; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 89.

<sup>394</sup> Genellikle evlilik törenleri üç gün sürerdi. Törenlerin ikinci günü, *dos* ile ilgili akdin imzalanmasına ayrılmıştı. Genellikle bir tapınakta, *dos* emaneten dururdu, bazen de bir din adamının ellerine emanet edilirdi ve törenlerin bitimini takip edilen günlerde artık koca tarafından istenirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bierkan, Sherman, Stocquart, a.g.m., s. 312.

gibi yalın bir ifadeyle de tarif edilebilen *dotis datio* işleminin, özel bir şekli bulunmuyordu. Devredilen hakkın özelliklerine uyan tipik bir işlem ile *dotis datio* gerçekleştirilebilmekteydi. *Dos* olarak mülkiyet hakkı devredilmekteyse, mülkiyet konusu olan eşyanın niteliğine göre *mancipatio*, *traditio* ya da *in iure cessio* ile devir işlemi yapılabildiğinden, bu devir işlemleri birer *dotis datio* şekli olarak anılırdı.<sup>395</sup> Örneğin, *dos* konusu mal *res nec mancipi* ise, *iusta causa* (hukuki sebep) bulunması halinde *traditio* ile *dos* konusu malın devri mümkündür. *Traditio* ile devir ile, *mancipatio* ve *in iure cessio* ile devir karşılaştırıldığında, *traditio* ile devirde şekle bağlı olmayan bir işlem ile *dos* tesisi söz konusu olduğu ifade edilmektedir.<sup>396</sup> *Dotis datio*, *dotis dictio* (*dos* vaadi) dışında kalan tüm tesis işlemlerini kapsamaktaydı. *Dotis datio* ilgili olarak dikkat çekici olan, bununla *dos*'un fiilen tesis edilmekte olduğudur.<sup>397</sup> *Dotis datio*, *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile yapılmışsa, şarta bağlı bir işlem gerçekleştirilemezdi. Ancak *dotis datio* için *traditio* kullanılmışsa, şarta bağlı bir işlemin hüküm doğurması mümkündür.<sup>398</sup>

*Dotis dictio* ise, *dos*'un bir taahhüt işlemi ile tesis edilmesi şeklindedir. Latince "dicere" kelimesi, "söylemek" anlamına gelen "dicere" kelimesinden kaynaklanmaktadır. "Dicere" kelimesi konu ile ilgili olarak incelendiğinde, "konuşarak taahhüt altına girmek" anlamını taşıdığı görülmektedir. Klasik dönemde, *stipulatio* ile ya da tek taraflı sözlü bir vaadle *dotis dictio* yapılabilirdi. Buna göre, "*dotis dictio* (*dos* beyanı)" denen, özel şekle bağlı tek taraflı sözlü bir vaad ile, ya da "*dotis promissio* (*dos* vaadi)" denen borç ilişkisi doğuran âlelade bir *stipulatio* ile *dos* vaadinde bulunarak, *dos* tesis edilmesi mümkündür. *Dotis dictio* ile *dos* tesis etme yetkisi yalnızca belli kimselere tanınmıştı. *Dotis dictio* ile *sui iuris* olan ve *manus*'suz evlenecek olan kadının kendisi, babası ya da babasının babası ya da kadının emriyle borçlusu özel şekle tâbi, önceden öngörülmüş olan "... *doti tibi erit*" ifadesini içeren tek taraflı bir beyanla

<sup>395</sup> Kaser, a.g.e., s. 252-253; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 94-95; Emiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının...**, s. 97.

<sup>396</sup> *Iusta causa*, *dotis datio* söz konusu olduğunda, *dotis causa* olarak da adlandırılabilirdi. D.23.3.9.2'de yer alan "*Dotis autem causa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur*" ifadesi, "*dos* olarak verilmiş şeyler *dotis causa* olarak verilmişlerdir" anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 95 ve s. 106.

<sup>397</sup> John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 143; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 91-92.

<sup>398</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 102.

*dos* tesis edebiliyorlardı.<sup>399</sup> *Dotis dictio*, şekle bağlı bir işlem olmasına rağmen, şekle bağlı diğer Roma Hukuku işlemleri kadar sıkı şekil kurallarına bağlı değildi. Şöyle ki, *dos* vaadinde bulunulduktan sonra, müstakbel kocanın kabul beyanına (*acceptio*'ya) ihtiyaç yoktu.<sup>400</sup> *Dotis dictio*, normalde müstakbel kocanın huzurunda yapılırdı. Ancak müstakbel koca *alieni iuris* ise, *dotis dictio*, koca üzerinde *pater familias* hakkına sahip olan kimsenin huzurunda yapılmalıydı. Bazı durumlarda ise *dotis dictio* ile kendisine *dos* vaad edilen kimse kendisini, *dos* vaadini duymakla görevlendirdiği kölesi ile temsil ettirebilirdi.<sup>401</sup> *Dotis dictio*, nişanlanma ile ilgili olarak, evlenmenin yapılacağını temin eden vaad ile birlikte, evlenmeden önce yapılırdı. Bu vaad, evliliği işaret eden sözlere bağlanırdı ve nişanın bozulması halinde, *dotis dictio* hiçbir hüküm ifade etmezdi.<sup>402</sup> Roma Hukuku kaynaklarında *dotis dictio* şöyle tasvir edilmiştir: Bir nişan töreni sırasında, nişanlanacak olan kızın babası, törene katılanların önünde damada “evlendiğinizde sana *dos* olarak şunu vereceğim” diyerek resmi olarak *dos* vaadinde bulunurdu. *Dos* konusunun ne olduğu ve *dos* miktarı, kızın babasının kararına bırakılmıştı. Belki taraflar nişan töreninden önce *dos* konusunu ve miktarını aralarında konuşmuşlardı, buna bir engel yoktu ancak nişan töreni sırasında damat bu vaadi yalnızca dinlerdi, hiçbir şey demezdi ve hiçbir yorumda bulunmazdı. Şöyleki, damadın “kabul ediyorum” demesi bile hoş karşılanmazdı çünkü bu maddiyatçı bir yorum olarak nitelendirilebilirdi ve etik karşılanmazdı. Kızın babasının *dos* vaadinde bulunarak hem hukuki (*ius*) açıdan, hem de töresel (*mores*) açıdan taahhüt altına girmesi, vaadini yerine getirmemesi durumunda itibarını kaybetmesine yol açardı.<sup>403</sup> Bazı yazarlar, evlenecek

---

<sup>399</sup> Berger, **a.g.e.**, s. 435; Di Marzio, **a.g.e.**, s. 204; Arangio-Ruiz, **a.g.e.**, s. 454; Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 167; Watson, **The Spirit of...**, s. 24.

<sup>400</sup> *Dotis dictio*, hazırlar arasında ve özellikle de müstakbel koca var iken yapılan bir işlem olduğu için, tek taraflı bir işlem olup olamayacağı aklı kurcalamaktadır. Ancak hiçbir yerde kabulün (*acceptio*'nun) olması gerektiğinden bahsedilmemektedir. *Dotis dictio* sırasında, kocaya *dos* konusu şeyleri uygun bulup onları kabul edip etmediği sorulmazdı. Şöyle ki, *dos* olarak vaad edilen şeylerden koca memnun kalsa da kalmasa da *dotis dictio* işlemi sona ererdi. Ancak *dos* özünde evlenmeye bağlı bir işlemdi, nitekim bütün *dos* işlemlerinin gerçek *causa*'sı (sebebi) evlilik idi. Müstakbel koca, *dos* vaadinin konusunu oluşturan şeyleri uygun bulmadığını ancak evlenme işlemi sırasında belli edip evlenmekten vazgeçebilirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 153-154.

<sup>401</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 252; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 160.

<sup>402</sup> John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 143; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 165.

<sup>403</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 160.

çiftin babaları tarafından *dotis dictio* ya da *datio* ile varılan anlaşmanın, evlilik ile ilgili önemli bir formalite olduğu fikrindedirler.<sup>404</sup>

*Dos* taahhüdü ayrıca, çok eskiden beri kullanılmakta olan *dotis promissio* ile de yapılmaktaydı. Cumhuriyet döneminde ve Klasik dönemde, *dos* taahhütleri hem *dotis dictio* ile hem de *dotis promissio* ile yapılabilmekteydi. *Dotis promissio* da, *stipulatio* ile yapılırdı. Kendisine vaadde bulunulacak kimse “...*dare spondes?*” yani “ne vaad ediyorsun?” sorusunu sorardı. Vaadde bulunan kimse ise “*spondeo*” cevabını verirdi. *Dotis promissio*, *dotis dictio* gibi yalnız belli kimselere değil, herkese hitap etmekteydi. Ayrıca, *dotis dictio*, sebebe (*causa*) bağlı olarak yapılması gereken bir işlemken, *dotis promissio* sebepten yoksun olarak da yapılabilirdi. *Dotis promissio* şarta ve vadeye bağlanabilirdi.<sup>405</sup>

M.S. 428 yılında çıkan imparator emirnamesi ile, *dos* tesisi şekilleri olan *dotis dictio* ve *dotis promissio*'ya başvurulmaksızın tesis edilen *dos* da geçerli kabul edilmişti. Bu emirnameye göre, karşı tarafın kabulüne ve şekil kurallarına bağlı olmayan icap (*nuda pollicitatio*) ile, söz konusu vaadde gelişigüzel sözler (*qualiacumque verba*) kullanılmış olsa bile *dos* tesis edilmesi olanaklı hale gelmişti. Bazı kaynaklarda ise, İmparator II. *Theodosius* zamanında yapılan anayasal düzenlemeyle, *dotis dictio*'nun kaldırılmış olduğu ve onun yerini “*pollicitatio dotis*” denen, şekle bağlı olmayan *dos* vadinin almış olduğu bilgisine rastlanır. *Iustinianus* hukukunda ise, *dos* tesis eden işlemde yazılı olan beyanların yer aldığı *dos*'a ilişkin borç senedinin (*instrumentum dotale*) düzenlenmiş olması, *dos* tesisi için yeterliydi.<sup>406</sup> Böylelikle, M.S. 5. yüzyılda yani imparatorluğun son zamanlarında, şekle bağlılık arz etmeyen *dos* vadeleri de dava konusu olabiliyordu.<sup>407</sup>

Üçüncü şekil ise, *legatum dotis constituendae causa* yani miras yoluyla *dos* tesisi idi. Kocaya *dos* vermek amacıyla yapılan *legatum*<sup>408</sup>, “*legatum dotis constituendae*

<sup>404</sup> Bierkan, Sherman, Stocquart, **a.g.m.**, s. 312.

<sup>405</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 252; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 185-186.

<sup>406</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 205; Berger, **a.g.e.**, s. 435.

<sup>407</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 318.

<sup>408</sup> *Legatum* bir vasiyet çeşidi idi. *Legatum* ile vasiyetçi, bir vasiyetname içinde ya da vasiyetnameye yapılan bir ek ile kanuni mirasçı aleyhine, ancak başka bir kimse yararına ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktaydı. *Legatum* ile genellikle bir miktar para ya da kişiye özgü bir eşya vasiyet edilmekteydi.

*causa*” olarak adlandırılırdı. Burada kocaya, ya da koca baba egemenliği altındaysa kocanın *pater familias*’ına *legatum* şeklindeki *dos* bırakılırdı. *Legatum*’un koca tarafından iktisabıyla, vasiyet edilen mallar ya da bir miktar para, kendiliğinden *dos* niteliğini kazanmaktaydı. Kocanın vasiyeti red etme hakkı gereği koca *legatum*’u red etmezse, artık *dos* tesis edilmiş olurdu. *Legatum dotis constituendae causa* ile ilgili olan önemli bir ayrıntı, *dos* tesisinin, hem evliliğin gerçekleşmesine, hem de vasiyetçinin ölümüne bağlılık arz etmesiydi. O halde, vasiyetçinin ölümünden önce evlilik gerçekleştiği takdirde, artık *dos* tesisi, ancak vasiyetçinin ölümünden sonra mümkün olurdu. *Dos*’u teslim edilmemesi durumunda kocanın mı yoksa kadının mı dava hakkı olduğu konusunda *Digesta*’da farklı metinler vardır. *D.30.69.2* incelendiğinde, *dos*’suz kalma durumunda, bundan en fazla menfaati zedelenecek olan kızın dava hakkı olduğu anlaşılır. *D.23.3.48.1* ve *D.35.1.71.3* incelendiğinde ise, *legatum* ile *dos* tesis edilip, sonradan *dos* verilmediği takdirde, hem kadına hem de kocaya *dos*’u talep hakkı tanındığı, ancak birinci derecede talep hakkının kocaya tanınmış olduğu görülmektedir. Kadın, ancak *cautio* yapılmış olması halinde, *legatum* ile bırakılmış olan mallarla ilgili olarak talepte bulunabilirdi.<sup>409</sup> Bununla birlikte, hem *legatum* ile hem de *dos* ile ilgili olduğu halde, *dos* tesisi olmayan bazı işlemler vardı. Örneğin, bir kadının kocası baba egemenliği altındaysa, kocanın *pater familias*’ı, kadın tarafının vermiş olduğu *dos* konusu malı ya da bir miktar parayı, kocaya vasiyet edebilirdi. *Pater familias* ölünce koca, *dos*’u aynen iktisap ederdi. Böylelikle *dos*’un diğer mirasçılar tarafından paylaşılmasının önüne geçilmiş olurdu. Bu durum, *dos*’un hizmet ettiği amaca (kadının ev masraflarına katılmasını sağlaması ve boşanma durumunda kadın için teminat teşkil etmesi gibi) da uygun düşmekteydi.<sup>410</sup> Bundan başka, düzenlenen bir *legatum* ile kadına, ileride *dos* olarak kullanabileceği bazı mallar ya da bir miktar para bağışlamak mümkündü. Bu durumda, eğer kadın evli değilse ve *legatum* olası bir evliliği göze alarak düzenlenmemişse, ortada bir *dos* tesisi bulunmamaktaydı. Kadın kendine vasiyet

---

Buna “muayyen mal vasiyeti” demektedir. *Legatum* ile yalnızca vasiyetname içinde ve mirasçı tayin edildikten sonra, mirasçı tayin edilmiş kimseye vasiyette bulunulabilirdi. Mirasçı bulunmazsa ya da geçerli bir şekilde mirasçı tayin edilmemişse, *legatum* geçersiz olurdu. *Legatum*, çalışmada daha sonra 5.2.3.2.1’de ayrıntılı olarak incelenecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Roma Hukuku Lüğatı**, s. 108; Berger, **a.g.e.**, s. 539-540.

<sup>409</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 198-199.

<sup>410</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 252-253; Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 196.

edilenleri alıp ve istediği gibi kullanabilirdi, para bırakılmışsa harcayabilirdi, yani kendine bağışlananları fiilen *dos* olarak kullanmak zorunda değildi.<sup>411</sup>

Klasik dönem hukukuna göre, boşanmış eşler yeniden evlenirse, kocanın geri vermemiş olduğu ilk evlenmedeki *dos* bundan böyle hüküm ifade etmeyip, yeniden *dos* tesisi gerekmektedir. *Iustinianus* dönemi hukukuna göre ise boşanmış eşler yeniden evlenirse, aksi yönde bir irade bulunmaması durumunda, zımni bir *dos* tesisi var olduğu kabul edilerek, bundan böyle kocanın geri vermemiş olduğu ilk evlenmedeki *dos*, ikinci evlenmenin *dos*'u kabul edilirdi.<sup>412</sup>

*Dos*'un tesis ediliş şekli ve *dos*'un içeriğinden çok evlilik sona erdiğinde *dos*'un geri dönüşü konusu ile ilgilenen hukukçular, iki önemli *dos* türü olan *dos adventicia* ve *dos profecticia* üzerinde durmuşlardır.<sup>413</sup> *Dos adventicia*, aile malları dışındaki mallar üzerinde tesis edilirdi. *Dos profecticia* ise, aile malları üzerinde tesis edilirdi. *Dos adventicia*, evlilik sona erdikten sonra bazı durumlarda geri alınmaz, bazı durumlarda ise geri alınabilirdi. Ancak *dos profecticia*, evlilik sona erdikten sonra kadının babası tarafından genellikle geri alınırdı. Kadının babası tarafından doğrudan, ya da dolaylı olarak kadının babasının erkek atası tarafından tesis edilen *dos* türüne "*dos profecticia*" denirdi. *Dos profecticia*, *dos*'un ilk şekliydi. Kadının ölmesi durumunda, *dos* tesis eden kimse halen yaşamaktaysa, *dos profecticia*, *dos* tesis eden kimse tarafından genellikle geri alınırdı.<sup>414</sup> Kadının kendisi tarafından doğrudan doğruya ya da kadının babası dışındaki biri tarafından tesis edilen *dos*'a ise "*dos adventicia*" denirdi. O halde *dos adventicia*, kadının erkek atası haricinde biri tarafından tesis edilirdi.<sup>415</sup> Hukuken özgür sayılan *sui iuris* bir kadın, boşanma ya da kocanın ölümü ile evliliğin sona ermesi durumunda *dos adventicia*'yı geri alabilirdi. Ancak evliliği bitmiş kadın dışındaki biri *dos adventicia*'yı tesis etmişse bu durumda söz konusu kimse *dos adventicia*'yı geri alamazdı.<sup>416</sup> Evlilik öncesi *emancipatio* ile kızını baba hakimiyetinden çıkaran bir baba,

<sup>411</sup> Ayiter, **Klasik Roma Hukukunda...**, s. 198.

<sup>412</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 205.

<sup>413</sup> Frier-McGinn, **a.g.e.**, s. 76.

<sup>414</sup> Saller, **a.g.m.**, s. 197; Treggiari, **a.g.e.**, s. 350; Frier-McGinn, **a.g.e.**, s. 75; Gardner, "**The Recovery of...**", s. 450; Schulz, **a.g.e.**, s. 123.

<sup>415</sup> Gardner, "**The Recovery of...**", s. 450; Frier-McGinn, **a.g.e.**, s. 76; Gardner, **Family and Familia...**, s. 86-87.

<sup>416</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 86.

hakimiyetinden çıkardığı kızı için *dos* tesis ederse, artık söz konusu kızın babası sayılmadığı için, bu tür *dos*'a “*dos adventicia*” denirdi ve bu *dos* geri alınamazdı. Ancak kaynaklardan edinilen bilgiye göre, bu şartlarda tesis edilen *dos* Roma'nın ilk zamanlarında *dos profecticia* sayılırdı ve evliliğin bitmesiyle geri alınabilirdi.<sup>417</sup> Karının ölümü durumunda, *dos*'un iadesi *dos*'u tesis eden tarafından *stipulatio* ile şart koşulmamışsa, *dos adventicia*'nın maliki koca olurdu. Bu durumda *dos*'u tesis eden kimse, evlilik sona erdiğinde *dos*'u geri alamazdı. *Dos* veren kimse, kadın ölürse *dos*'un kendisine geri verilmesini şart koşmuşsa, bu tarz *dos*'a ise “*dos recepticia*” denirdi. *Iustinianus*, babanın ve gerekli bazı durumlarda annenin, *dos* tesis etmek zorunda olduğuna hükmetmişti.<sup>418</sup>

Evlenme akdi geçersiz ise, *dos* tesisi de geçersiz olurdu. *D.23.3.3*'e göre, evlenme olmadan *dos* tesisi hüküm doğurmazdı.<sup>419</sup> Genellikle evlilik aktedilmeden tesis edilen *dos*, bazı durumlarda ise evlilik sırasında tesis edilirdi. *Dotis dictio* ya da *dotis promissio* yoluyla evlenmeden önce yapılan *dos* tesisinin geçerli olabilmesi için, sonradan yapılan evlenme akdinin geçerlilik arz etmesi gerekiyordu. *Dotis datio* yoluyla yapılan *dos* tesisinde, müstakbel koca tesis ile birlikte malik olurdu ancak *dos*'u evlenmeden sonra iktisap edebilirdi. *Iustinianus* döneminde ise, *dos* tesis edenin isteğine göre, müstakbel koca *dos* konusu malları tesis anında iktisap edebileceği (*dotis datio ante nuptias*) gibi, evlilik aktedildikten sonra da *dos* konusu malları iktisap edebilirdi (*dotis datio secutis nuptias*).<sup>420</sup>

Klasik dönem hukukçularına göre *dos*'un maliki kocaydı (*D.23.3.1*). *Dos* tesis edildiğinde, kocanın henüz aile evladı olması sebebiyle *dos* konusu eşyanın mülkiyetinin aile babasına ait olduğu durumlarda dahi, kocanın eşyayı gözetimi altında bulundurma hakkı vardı. *Iustinianus* ise, Hellenistik etki altında, kocanın *dos* üzerindeki hakkını kısıtlayan ve bu hakkı şekil kurallarına bağlayan bir anlayışla, *dos*'un karı için

<sup>417</sup> Gardner, **Family and Familia...**, s. 86-87.

<sup>418</sup> Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 168; Saller, **a.g.m.**, s. 197; Gardner, **Family and Familia...**, s. 235; Treggiari, **a.g.e.**, s. 350-351.

<sup>419</sup> Mommsen, Krueger, Watson, **a.g.e.**, s. 668.

<sup>420</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 206.

tedarik niteliğinde olduğuyla ilgilenmiştir.<sup>421</sup> Ancak zaman içinde, her ne kadar *dos* kocanın mamelekinde ise de, karının da *dos* üzerinde bazı hakları olduğu fikri yerleşti. Nitekim *dos*, evlilik süresince kocanın malları arasında bulunsa da, karının hukukuna tâbiydi ve boşanma gerçekleşirse *dos*, karının malıymış gibi geri istenebilirdi.<sup>422</sup> *Dos*, kocanın diğer malvarlığından ayrı olarak muhafaza edimesi gereken malvarlığıydı, çünkü, koca ya da mirasçuları *dos*'u geri vermek zorunda kalabilirdi.<sup>423</sup>

*Dos*, Klasik dönemde *dos* tesis eden kimse ile koca arasında *stipulatio* ile yapılan anlaşmadan doğan davalar (*actio ex stipulatu* ve *actio rei uxoriae*) ile geri istenebilirdi. Daha sonraları, *dos* verilirken koca ile *dos* veren arasında şekilsiz bir iade anlaşmasının yapılmış olması, *dos*'un geri istenebilmesi için yeterli görüldü ve bununla ilişkili olarak *Iustinianus* döneminde, *actio praescriptis verbis* denen bir dava hakkı tanındı.<sup>424</sup> Kocanın ölümü halinde dul kalan eşi, aynen boşanma halindeki gibi, evlilik sebebiyle tesis edilmiş olan *dos*'u geri alma hakkına sahipti. Bunun için dul kalan eş, *actio rei uxoriae* davasına başvurabilirdi.<sup>425</sup>

#### 4. KİŞİLER HUKUKU'NDA

Roma Kişiler Hukuku'nda, hak ehliyetinin şartları incelenirken kölelik kavramı üzerinde durulmaktadır. Bilindiği üzere, Roma Hukuku'nda ve günümüzde, haklara sahip olabilme ve borç altına girebilme ehliyetine “hak ehliyeti” denir. Hak ehliyetine sahip olan varlığa ise “kişi” denir. Günümüz hukukunda, hukuk düzeninin sınırları içinde, her insanın hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiştir. Roma Hukuku'nda ise durum farklıydı. Roma Hukuku'na göre hak ehliyetine sahip olmanın üç şartı vardı: Hür olmak, vatandaş olmak, baba egemenliği altında bulunmamak. Burada inceleyeceğimiz *manumissio* (azat etme) işlemleri ve bunlarda uyulması gereken kurallar, bu işlemler sonucunda köleler hürriyetlerine kavuşacaklarından, hak ehliyetinin şartlarından “hür

<sup>421</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 251; Emiroğlu, **Roma Hukukunda Kadının...**, s. 101; Schulz, **a.g.e.**, s. 104.

<sup>422</sup> Treggiari, **a.g.e.**, s. 332; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 206-207.

<sup>423</sup> Treggiari, **a.g.e.**, s. 361.

<sup>424</sup> Treggiari, **a.g.e.**, s. 356; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 208-209.

<sup>425</sup> Gardner, **“The Recovery of...”**, s. 449; Treggiari, **a.g.e.**, s. 353; Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 168-169.



olmak” ile ilgilidir. Roma Kişiler Hukuku’nda, sıkı şekil kurallarına bağlı olan azat etme (*manumissio*) işlemleri uygulanmaktaydı.

Günümüz hukukundaki “kişi” sözcüğünün anlamı ile, Roma Hukuku’ndaki “kişi” sözcüğünün anlamının farklı olduğu görülür. Şöyle ki, *Gaius*’un özel hukukun üçlü bölümlenmesini yaptığı *Institutiones* adlı eserinde, “*personae*” kelimesini “insanlar” anlamında kullanmıştı. *Gaius*’a göre *personae* (insanlar), özgürler ve köleler olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Daha önce de değinildiği üzere, *caput* (baş) sözcüğü ise “kişi” anlamına geliyordu.<sup>426</sup>

Azat etme işlemi ile, *pater familias*’ın (efendinin) kölesini azat ettiğine ilişkin irade beyanı ile artık köle özgür duruma gelirdi. Köle azat etmek için, Roma devletinin azat etme işlemi uygun bulunduğuna ilişkin bir onaya ihtiyaç olmaması ve bir kölenin ırkı fark etmeksizin azat edilebilip Roma vatandaşlığını kazanabilmesi, Romalıların liberal düşünce yapısına örnek teşkil etmesi bakımından, tarih araştırmacıları tarafından dikkat çekici bulunmuştur.<sup>427</sup> Roma’da çeşitli azat etme işlemlerine başvurulmaktaydı. Aşağıda azat etme işlemlerinin türleri ve hangi şekil kurallarına uymakla azat etme işleminin geçerli olacağı incelenecektir.

#### 4.1. Azat Etme (*Manumissio*) İşlemleri

Yukarıda belirtildiği gibi, Roma Hukuku’nda insanlar, köleler ve özgürler olarak ikiye ayrılıyordu. Hak ehliyetine sahip olmanın ilk şartı özgür olmaktı. Köleler, özgür olmadıklarından, hak ehliyetleri yoktu, dolayısıyla kişi sayılmazlardı. Bu nedenle haklara ve borçlara sahip olamazlardı. Özgürler ise, doğuştan özgürler (*ingenuus*) ve azatlı (*libertus*) olarak ikiye ayrılıyordu.<sup>428</sup> Hak ehliyetinin diğer şartlarına sahipse,

<sup>426</sup> Umur, **Roma Hukuku Lügati**, s. 32 ve s. 156; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 128-129.

<sup>427</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 84.

<sup>428</sup> Yasal bir evlilik yapmış olan özgür anne ve özgür babadan doğan bir çocuğun, doğuştan özgür olduğu kabul edilirdi. Yasal evlilik yapmış azatlı anne ve babadan doğan çocuğun da doğuştan özgür olduğu kabul edilirdi. O halde, doğuştan özgür bir kimsenin anne ve babası ya doğuştan özgürdü ya da azatlıydı. Bunun yanında, babası köle, annesi özgür olan bir çocuk ya da babası belli olmayan, annesi özgür olan bir çocuk, annesinin durumunu takip ederek özgür sayılırdı. Doğuştan özgür olan bir kimse (*ingenui*) her zaman için, azatlı bir kimseden daha yüksek bir sosyal statünün getirilerinden yararlanırdı. İmparatorluk devri boyunca, doğuştan özgür olan kimseler, ortak bir davranış şeklinin ifadesi olarak altın yüzük takarlardı. Doğuştan özgür olan kimselerin altın yüzük takmalarının amacı, azatlı kimselerden ayırt edilebilme idi. Bazı durumlarda, köle olarak doğmuş olan biri, imparator tarafından altın yüzüğü takma

doğuştan özgür olanların hak ehliyetleri tamdı. Azat edilen köleler, hak ehliyeti kazanırlardı ancak onların durumları, doğuştan özgür olanlardan farklıydı çünkü azat edilen kölelerin hak ehliyeti kısıtlı idi.<sup>429</sup>

Azat etme *ius gentium*'dan kaynaklanmaktadır. Bir efendinin kölesini azat etmek istemesinin çeşitli sebepleri olabilirdi.<sup>430</sup> Genellikle, kendisine efendisi tarafından verilmiş olan *peculium*'u yerinde kullanan kölenin yüksek miktarda kazanç elde etmiş olması üzerine efendisi tarafından ödüllendirilmek istenmesi gibi ekonomik bir sebeple, ya da efendisine olan bağlılığından dolayı efendinin köleyi ödüllendirmek istemesi gibi insani bir sebeple, ya da bir efendinin kölelerini azat ederek toplumda itibar sahibi olmak istemesi sebebiyle azat etme işlemine başvurulmaktaydı.<sup>431</sup> Efendilerinin iradesine bağlı olmadan, kanunlar tarafından kölelere özgürlük tanınan istisnai durumlar ise şunlardı: Efendisi tarafından insanlık dışı davranıldığı tespit edilmiş olan köleye, üzerinde efendisinin mülkiyet hakkı olmasına rağmen, kamu menfaati gereğince özgürlük tanınırdı.<sup>432</sup> Önemli suçları işleyenlerin yakalanmasına yardım eden köle, asker kaçağı birini ihbar eden köle ya da efendisini öldüren kimseyi yakalayan bir köle, iyi davranışı sebebiyle özgürlük tanınarak ödüllendirilirdi.<sup>433</sup> Devlet, Roma için önemli hizmetlerde bulunmuş olan bir köleye özgürlük tanımakla onu ödüllendirebilirdi. Zaman içinde, hastalığı ve ihtiyarlığı sebebiyle işe yaramaz diye terk edilen kölelere özgürlük tanınabileceği de kanunla düzenlenmişti. Köle olduğunu bilmeden yirmi yıl süreyle özgür gibi yaşayan bir köleye, uzun süreli zamanaşımı (*longi temporis praescriptio*) yoluyla özgürlük tanınabileceği ise İmparator *Diocletianus* tarafından düzenlenmişti.<sup>434</sup>

Cumhuriyet döneminin son yıllarına doğru, uzak ülkelerden dolayısıyla farklı ırk ve kültürlerden Roma'ya getirilmiş olan kölelerin sayısı oldukça fazlaşmıştı. Bu

---

hakkı (*ius aureorum anulorum*) bahşedilmesi yoluyla, “özgür doğmuş kimse” ilan edilirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Burdick, **a.g.e.**, s. 184-185.

<sup>429</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 161.

<sup>430</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 58.

<sup>431</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 133.

<sup>432</sup> Burdick, **a.g.e.**, s. 194; Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları** (İstanbul: Der Yayınları, 2001).

<sup>433</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 143; Burdick, **a.g.e.**, s. 194.

<sup>434</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 133; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 45-46.

kölelerin azat edilişleri Roma'nın sosyal yapısı için tehlike oluşturmaktaydı. Roma halkı, azat edilen bu köleler ile aynı haklara sahip olmaktan rahatsızlık duymaktaydı. İmparator *Augustus*, toplum düzeninin bozulmasının önüne geçmek için çalışmalar yaptı. Bu çalışmaların hem siyasi, hem de ahlaki amacı vardı. Roma halkının yabancı unsurlardan oluşan karışık bir yapı teşkil eder hale gelmesi, siyasi ihtiraslar sonucunda kargaşa ortamı yaratmaya uygun bir durum teşkil ettiğinden, oluşabilecek tehlikenin önüne geçmek amacıyla yapılan yeni azat etmeleri sınırlandırma çalışmaları, siyasi amaçlıydı. İsfrafta bulunarak ya da sırf etrafa gösteriş olsun diye yapılan azat etmeleri sınırlandırmaya yönelik çalışmalar ise ahlaki amaçlıydı.<sup>435</sup> *Augustus*, toplumun yabancı unsurlardan daha fazla etkilenmesini önlemek için, eski gelenekleri yeniden canlandırılmasına, evlenmeye ve aile düzenine ilişkin olarak çıkardığı kanunların yanında, kölelerin azat edilmesini de düzenleyen kanunlar çıkardı. Kaynaklarda M.Ö. 2 yılında çıkarıldığı hemfikir olunan *Lex Fufia Caninia* adlı kanun, vasiyetname ile azat edilen köle sayısına kısıtlama getirmişti. Vasiyetname ile azat edilen köle sayısına kısıtlama getirilmesinin sebeplerinden biri, bu şekilde azat etme ile cenazede kalabalık oluşturmanın amaçlanmasının etik bulunmamasıydı. Bu kanun ile, efendi ancak belli oranda köle azat edebilecekti. En fazla yüz adet kölenin azat edilmesine izin verilmişti.<sup>436</sup> Yine birçok kaynaktan anlaşıldığı üzere M.S. 4 yılında çıkarılan *Lex Aelia Sentia* adlı kanunla ise, azat etme işlemleri ayrıntılı olarak düzenlendi. Bu kanunla, azat etme bazı şartlara bağlanarak genel olarak sınırlandırıldı. Buna göre, yirmi yaşından küçük bir kimse artık vasiyetname ile köle azat edemeyecekti. Yirmi yaşından küçük bir kimse ancak değnekle (*vindicta*) ve Roma'daki beş senato azası ve Romalı beş asilzadeden oluşan, eyaletlerde ise yirmi adet Roma vatandaşı olan *recipratores* (özel uyuşmazlıklara bakan hakimler)'den oluşan özel bir meclisin uygun bulduğu hukuki sebebin (*iusta causa*'nın) var olması durumunda köle azat edebiliyordu. Otuz yaşından küçük bir köle ise benzer şekilde, değnekle, on özgür Roma vatandaşının önünde azat edilebiliyordu. Yine bu düzenlemeye göre, ekonomik bakımdan zor durumdaki bir kimse, köle azat edememekteydi. Ahlaksız bir kölenin ise azat edilmesi yasaklanmıştı.

---

<sup>435</sup> Bülent Tahiroğlu "Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ayrı Bası**, Cilt XXXVIII, Sayı 1 – 4, (1973), s. 9; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 143-144; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 46.

<sup>436</sup> Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 143-144; Buckland, **The Main Institutions...**, s. 50; Lee, **a.g.e.**, s. 55; John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 67.

Alacaklısının haklarına tecavüz eden kölenin azat edilmesi de *Lex Aelia Sentia* ile yasaklanmıştı.<sup>437</sup> Roma İmparatorluğunun son zamanlarına doğru, kölelerin yaptığı işleri para karşılığında meslek grupları üyeleri olan özgür kimseler yaptıklarından, kölelere olan ihtiyaç azalmıştı. Ayrıca, Hıristiyanlık dinine göre de kölelik kurumu hoş görülüyordu. Bu sebeplerden dolayı, azat etme işlemlerinin sınırlandırılması yerine, teşvik edilmesi yoluna gidildi. Azat etme işlemlerindeki şekilci anlayış terkedilmeye başlandı. Ancak yine de, *Iustinianus* zamanında bile şekilci anlayıştan tamamen vazgeçilemedi. Köle azat etme için uyulması gereken şekil koşullarına uygun olmayan bir beyanla yapılan azat etme işlemi geçerli kabul edilmemekteydi. En çok başvurulan yöntem, kilisede azat etme işlemiydi, bazen de vasiyetname ile azat etme yöntemine başvurulmaktaydı.<sup>438</sup> Efendi kölesini yolda giderken bile azat edebilirdi. *Praetor*'un ya da *proconsul*'un, banyoya ya da tiyatroya giderken yolda kölelerini azat ettiklerine de rastlanmaktaydı.<sup>439</sup>

Azat etme işlemlerinin bazıları *ius civile*'ye göre, bazıları *ius honorarium*'a yani *praetor* hukukuna göre sonuç doğururdu. *Ius civile*'ye göre yapılan azat etme işlemleri şekle bağlı işlemler olmalarıyla tanınmışlardı. *Praetor* hukukuna göre yapılan azat etme işlemleri ise şekle bağlılık arz etmiyorlardı.<sup>440</sup> Ancak çalışmamızda, şekle bağlı olan azat etme işlemleri yanında, şekle bağlı olmayan azat etme işlemlerinden de bahsetmek, karşılaştırma yapmak açısından uygun bulunmuştur. *Ius civile*'ye göre; “değnekle azat etme”, “sayım yoluyla azat etme”, “vasiyetname yoluyla azat etme”, “kilisede azat etme” işlemlerinden biriyle köle azat edilebiliyordu. *Praetor* hukukuna göre ise “dostlar arasında azat etme (*manumissio Inter amicos*)”, “mektupla azat etme (*manumissio per epistulam*)”, “sofrada azat etme (*manumissio per mensam*)” işlemlerinden biriyle kölenin azat edilmesi mümkündü.

Kölelik kurumunun hak ehliyeti bakımından taşıdığı önem göz önünde bulundurulduğunda, aşağıda anlatılan *ius civile*'ye göre azat etme şekillerinde uyulması

<sup>437</sup> Di Marzo, **a.g.e.**, s. 47; Buckland, **Elementary Principles of...**, s. 24; Lee, **a.g.e.**, s. 59.

<sup>438</sup> Tahiroğlu, “**Roma Hukukunda Azad...**”, s. 19-20; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 144.

<sup>439</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 58.

<sup>440</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 72.

gerekli olan kurallar, kölelerin hak ehliyetine kavuşmalarının sıkı şekil kurallarına bağlanmış bulunan aşamaları olarak görülmektedir.

#### 4.1.1. *Ius Civile*'ye Göre Yapılan Azat Etme İşlemleri

*Ius civile*'ye göre azat edilen köle *ius civile*'ye göre hürriyetini kazandıktan sonra, azatlı olarak Roma vatandaşı oluyordu. *Ius civile*'ye göre yapılan azat etme işlemleri olan; değnekle azat etme, sayım yolu ile azat etme, vasiyetname yoluyla azat etme ve kilisede azat etme, daha önce de belirtildiği gibi şekle bağlı işlemlerdi.

##### 4.1.1.1. Değnekle Azat Etme (*Manumissio Vindicta*)

Değnekle azat etme işlemi, hayali bir özgürlük kazanma davası şeklinde yapılırdı. Kölesini azat etmek isteyen kimse onu, kendisinin bir arkadaşı ile birlikte *magistra* önüne götürürdü. Malikin yanındaki kişi, kölenin bundan böyle hür olduğunu iddia eden bir davacı gibi (*adsertor libertatis*), elinde tuttuğu, iktidar ve hakimiyeti temsil eden değnekle kölenin başına dokunurdu. Elinde değnek bulunduran malikin bu beyanı onaylaması, *magistra* önünde davadan çekilme anlamına gelirdi. Bu işlem, *res mancipi*'lerin mülkiyetinin devri vb. daha başka yerlerde de uygulandığını bildiğimiz *in iure cessio*'dur. *Magistra* da, kölenin bundan böyle özgür bir kişi olduğunu beyan ederdi (*addictio*). Bundan böyle köle, özgür bir Roma vatandaşı sayılırdı.<sup>441</sup> Değnekle azat etme işleminde belli sözler kullanılırdı ve bu işlem *Legis actio* usulünde yapılırdı.<sup>442</sup> Değnekle azat etme işlemi, *in iure cessio*'nun kullanım dışı kalmasıyla birlikte artık yapılmaz oldu.

##### 4.1.1.2. Sayım Yolu İle Azat Etme (*Manumissio Censu*)

Sayım yoluyla azat etme işlemine göre, malikin rızasıyla köle kendisini, *censor*'ların beş senede bir yaptıkları sayımda, özgürler listesine kaydettirirdi.<sup>443</sup>

---

<sup>441</sup> Sanfilippo, *a.g.e.*, s. 142-143; Umur, *Ders Notları*, s. 162; John Spencer Muirhead, *An Outline of...*, s. 67; Kaser, *Roman Private Law*, s. 73.

<sup>442</sup> W. W. Buckland, *Roman Law of Slavery* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), s. 451.

<sup>443</sup> Buckland, *Roman Law of...*, s. 440.

Kölenin özgür bir Roma vatandaşı olup olamayacağını takdir eden *ensor* idi. *Censor*, kölenin iyi ahlaklı olup olmadığına ya da dürüst olup olmadığına bakarak değerlendirme yapardı. Buna göre köleyi özgür bırakmaya karar verirse, onu özgür vatandaşlar listesine dahil ederdi. Sayım yoluyla azat etme işlemine *Principatus* döneminden sonra başvurulmaz olmuştur.<sup>444</sup>

#### 4.1.1.3. Vasiyetname Yolu İle Azat Etme (*Manumissio Testamenti*)

Vasiyetname yoluyla da köle azat etmek mümkündür. Roma Hukuku'nda en önemli azat etme şekli, vasiyetname yolu ile azat etme idi.<sup>445</sup> Bir kimse, kendi ölümünden sonra kölesinin azat edilmesini vasiyet edebilirdi. Bunun geçerli bir azat etme işlemi olarak hüküm doğurabilmesi için, kölenin vasiyet sırasında ve ölüm anında vasiyetname sahibine ait olması gerekirdi. Vasiyetname yolu ile azat etme şartlı olarak yapıldığı durumda köle, söz konusu şartın gerçekleşmesi anına kadar ölen kişinin mirasçılarının kölesi olarak kalırdı. Şarta bağlı olarak azat edilmiş olan köle, şart gerçekleştiği anda özgür duruma geçerdi.<sup>446</sup> O halde, vasiyetname yolu ile azat etme yönteminde, malikin vasiyetnamesinde kullandığı ifadeye göre köle ya sahibi ölünce doğrudan özgürlüğünü kazanırdı, ya da dolaylı yoldan ölenin mirasçıları azat etme işlemi yaptıktan sonra özgürlüğünü kazanırdı.<sup>447</sup>

#### 4.1.1.4. Kilisede Azat Etme (*Manumissio in Ecclesia*)

Hıristiyanlığın kabulünden sonra *Constantinus* zamanında, değnekle azat etmenin yerini, "kilisede azat etme" yöntemi almıştı. Kölesini azat etmek isteyen efendi, bir kilisede ya da din adamlarının önünde azat etme isteğini beyan ederse, artık bundan böyle köle özgür olurdu. Bu azat etme, bir belge ile kayıt altına alınabilirdi.<sup>448</sup>

<sup>444</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 73, Umur, **Ders Notları**, s. 162; Watson, "Illogicality and Roman...", s. 16-17.

<sup>445</sup> Buckland, **Roman Law of...**, s. 442.

<sup>446</sup> Sanfilippo, **a.g.e.**, s. 142; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 141.

<sup>447</sup> Tahiroğlu - Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 132.

<sup>448</sup> Burdick, **a.g.e.**, s. 193.

#### 4.1.2. *Praetor* Hukukuna Göre Azat Etme İşlemleri

Roma'da Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru, *Praetor* hukukuna göre azat etme işlemlerine başvurulur olmuştur. *Praetor* hukukuna göre bir köle azat edildiğinde, bu işlemin, *ius civile* bakımından bir geçerliliği bulunmadığından, *praetor* hukukuna göre kölelik son bulmuşken, *ius civile*'ye göre kölelik devam etmekteydi. *Praetor* hukukuna göre, efendi kölesini azat etmişse, ancak sonradan efendi azatlının köle olduğuna ilişkin bir dava (*vindicatio servitutem*) açmak isterse, *praetor*, bu davayı engelleyerek azatlının himayesini temin edebilirdi. Yine de, *praetor* hukukuna göre azat edilip özgürlüğünü kazananlar, Roma vatandaşlığını kazanamazlardı. *Praetor* hukukuna göre azat edilenler, hür gibi yaşarlardı, ancak ölünce mal varlıkları efendilerine kaldığından, bunların köle olarak öldüklerinden bahsedilirdi. Bu durumdaki kölenin özgürlüğü *de facto* olarak nitelenirdi ve hukuki açıdan bu köleler efendilerine ait olmaya devam ederlerdi, dolayısıyla mal edinemezlerdi. Böyle bir kölenin durumu, *praetor*'larca koruma altına alınmıştı, aksi takdirde köle, köle olarak kalırdı. Kölenin *praetor* koruması altında özgür kabul edilmesine "*in libertate tutione Praetoris*" denirdi. *Ius civile*'ye göre azat etme ile, *praetor* hukukuna göre azat etme arasındaki farkın kalkması çok sonraları, ancak *Iustinianus* döneminde gerçekleşebilmiştir. *Iustinianus*, efendinin azat etme iradesini beş şahidin önünde belirtmesi şartıyla, *praetor* hukukuna göre azat etmeler sonucunda da azatlıların Roma vatandaşlığını kazanabilmelerini mümkün hale getirmiştir.<sup>449</sup>

##### 4.1.2.1. Dostlar Arasında Azat Etme (*Manumissio Inter Amicos*)

Efendisi bir köleyi, kendi dostlarının yanında azat ederse, köle, tanıklar önünde azat edilmiş kabul ediliyordu. Dolayısıyla *praetor* hukukuna göre, efendinin dostları önünde azat edilmiş olan köle, artık özgür kabul ediliyordu. Dostlar arasında azat etme, şekle bağlı olmadan yapılan bir azat etme işlemiydi.<sup>450</sup>

---

<sup>449</sup> Tahiroğlu - Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, s. 132-133; Nicholas, **a.g.e.**, s. 74; Burdick, **a.g.e.**, s. 193-194; Kaser, **Roman Private Law**, s. 74.

<sup>450</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 75.

#### 4.1.2.2. Mektupla Azat Etme (*Manumissio Per Epistulam*)

Efendisi, köleye mektup yazarak, söz konusu mektupla onu azat ettiğini beyan edebilirdi. Bu durumda, azat edildiğini bildiren mektubun ulaşmasıyla birlikte köle, *praetor* hukukuna göre artık özgürlüğüne kavuşmuş oluyordu.<sup>451</sup>

#### 4.1.2.3. Sofrada Azat Etme (*Manumissio Per Mensam*)

Efendi ve kölesi aynı sofrada yemek yiyemezdi. Ancak, efendi kölesini sofrada kendisiyle birlikte yemek yemeye çağırırsa, bu davet, efendinin kölesini azat etmek istediğine işaret ederdi. Sofrada bu şekilde azat edilen bir köle, bundan böyle *praetor* hukukuna göre özgür kabul edilirdi.<sup>452</sup>

### 5. MİRAS HUKUKU'NDA

#### 5.1. Roma Hukuku'nda Miras ve Halefiyet Kavramları

Roma Hukuku'nda "*successio*" kelimesi ise hem "halefiyet", hem de "miras" anlamında kullanılırdı çünkü Roma Hukuku'nda en önemli külli halefiyet yolu miras idi.<sup>453</sup> "*Hereditas*" ise günümüzdeki "tereke" ya da "miras" anlamına gelmekteydi. *Hereditas* kelimesinin anlamlarından biri olan "tereke", önceden miras bırakan kişiye (*de cuius*'a) ait bulunup, miras bırakılmasıyla onun yerine mallara sahip olan kişi ya da kişiler yani mirasçı tarafından iktisap edilen malların toplamı anlamına gelmektedir.<sup>454</sup>

*Hereditas* kelimesinin daha sık kullanılan diğer anlamı ise "miras" idi. *Iustinianus*'un *Digesta* adlı eserinde mirasın kısa ve öz bir tanımı yer almaktadır:<sup>455</sup>

**D.50.17.62:** "*Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius*

<sup>451</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 74.

<sup>452</sup> Tahiroğlu, "**Roma Hukukunda Azad...**", s. 5; Kaser, **Roman Private Law**, s. 74.

<sup>453</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 215-216; A. Nadi Günel, "Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yoluyla Miras", **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 44, Sayı 1-4:425-442, (1995), s. 425; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 495-496; John Spencer Muirhead, **An Outline of...**, s. 200.

<sup>454</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 504-505; Schulz, **a.g.e.**, 213; Erkan Küçükgüngör, **Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum)** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), s. 57-58.

<sup>455</sup> Mommsen, Krueger, Watson, **a.g.e.**, s. 960.



*quod defunctus habuerit.*”

**D.50.17.62:** “Miras, ölen kişinin tüm haklarına halef olmaktır.”

Roma Hukuku’nda *hereditas* yani miras, halefiyetin en tipik şekliydi. Mirasın, bir kimsenin, *ius civile*’ye göre ölen bir Roma vatandaşının hukuki durumuna yani tüm borçlarına ve tüm alacaklarına halef olma hakkı olmasının sonucu olarak, miras bırakan kişinin ve mirasçının mameleki birbirine karıştırdı. Mirasçının<sup>456</sup>, ölen kişiye ait malvarlığında yer alan maddi ve gayrimaddi tüm malları ve alacakları külli olarak iktisabı söz konusu olduğundan, malvarlığı içindeki her değer ayrı ayrı devir işlemine tâbi olmazdı. Mirasçı, miras bırakanın tüm borçlarından ise kendi malvarlığının bütünüyle sorumlu hale gelirdi.<sup>457</sup>

Mirasçının, ölen kimseye malvarlığı ilişkileri yanında, aileye ait dini gelenek, ibadet ve törenler ile ilgili olarak da halef olması söz konusuydu. *Iustinianus* hukukunda, “ölüm sebebiyle külli halefiyet” denince akla ilk gelen kavram *hereditas* yani “miras” idi. “Ölüm sebebiyle cüzi halefiyet” dendiğinde ise akla gelen “*legatum*” yani “muayyen mal vasiyeti” idi. Latince “*heres*” kelimesi “mirasçı” anlamına gelmekte, “*legatarius*” kelimesi ise “lehine mal vasiyet edilen kimse” yani bugünkü deyimle “vasiyet alacaklısı” anlamına gelmekteydi. “*Heres*” sıfatı ya vasiyet yoluyla kazanılabılırdi ya da kanun yoluyla kazanılabılırdi. “*Legatarius*” sıfatının ise kanuni yoldan kazanılması mümkün değildi. “*Legatarius*” sıfatı ancak mal vasiyet eden kimsenin (*legator*’un) iradesiyle yani vasiyette bulunması ile kazanılabılırdi.<sup>458</sup>

Roma Hukuku’nda, bir kimse Roma vatandaşı olması ve *sui iuris* olması şartıyla, miras bırakan kimse (*de cuius*) sıfatına sahip olabilirdi. Vasiyetname yapılırken, vasiyette bulunan kimse “*testamenti factio*”ya, yani Roma vatandaşı olmayı, mamelek sahibi olmayı ve fiil ehliyetine sahip olmayı arayan vasiyet ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Kadınların vasiyet yapma yetkisi önceleri bulunmamaktaydı. Kadınlar, vasilerinin rıza göstermeleri şartıyla, imparator *Hadrianus* zamanından

<sup>456</sup> Roma hukukunda mirasçı olabilmek için, yabancı olmamak, ölüm cezası ya da ömürboyu hapis cezası almayı gerektiren suçları işlememiş olmak gibi bazı şartlar gerekmektedir. Köleler ve aile evlatları mirasçı olabiliyorlardı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Günal, **a.g.m.**, s. 426.

<sup>457</sup> Ziya Umur, “Roma Miras Hukuku’nun Anahatları”, **İ.Ü.H.F.M.**, Cilt XXXI, Sayı 1-4: 159-195, (1966), s. 160-161; Küçükgüngör, **Roma Hukukunda Vasiyet**, s. 29.

<sup>458</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 502-503.

başlayarak, vasiyetname yapma yetkisine kavuştular. Zaman içinde kadınlar, üzerlerindeki vesayet kalkmasıyla, vasiyet yapmak için tam yetki sahibi oldular. O halde Roma’da ancak bu şartlara sahip olan kimselerin mirasçısı (*heres*) bulunabilirdi. Yabancıların ve kölelerin mirasçıları bulunamazdı, çünkü bunlar *de cuius* sıfatına sahip değillerdi.<sup>459</sup> Aile evlatları ise, önceleri aile babasının rızası bulursa da vasiyetname yapamamaktaydılar. *Augustus* zamanında bu kural yumuşadı. *Augustus*, asker olan aile evlatlarına, savaştan elde ettikleri maaş, ganimet vb. mallardan oluşan *peculium* miktarı kadar vasiyette bulunabilmeleri yetkisini tanıdı.<sup>460</sup>

Belli sebebe dayanarak bir kimseye miras bırakılması durumunda, bu kimsenin mirasçı sıfatına sahip olması, Latince “*delatio hereditatis*” olarak ifade edilirdi. Mirasçı olabilmek için, yabancı olmamak, ömür boyu cezaya ya da ölüm cezasına mahkûm edilmemiş olmak gerekmektedir. Köleler ise mirasçı olabilirlerdi. Mirasçılık sıfatına iki yolla sahip olunurdu: Birinci yolda, miras bırakan kimse, mirasçı atardı yani vasiyette bulunarak bir kimseye miras bırakırdı. Eğer ölenin vasiyette bulunması söz konusu olmamışsa, ikinci yol kullanılırdı ve buna göre *ab intestato* mirasçılık doğardı. *Ius civile*’ye göre ölenin *agnatio* yoluyla en yakın hısımları olan kimse ya da kimseler, *ab intestato* mirasçılık gereği kanuni mirasçı sayılırlardı. Bu iki yoldan birincisi kullanılmışsa yani vasiyet yoluyla miras bırakılmışsa, artık ikinci yolun kullanılıp *ab intestato* mirasçı tayin edilmesi mümkün değildi. O halde Roma Hukuku’nda, günümüz hukukundan farklı olarak, vasiyet yoluyla mirasçılığın ve kanuni mirasçılığın bir arada bulunması söz konusu olamazdı. Öyle ki Roma’da bir kimse mirasının bir kısmını kanuni mirasçılara bırakmak istemiş olsa, diğer kısmı için ise mirasçı atamış olsa, kanuni mirasçılardan mirasçı olması hukuken mümkün olmayıp, miras bırakanın mirasçı atamış olduğu kimse terekenin bütününün mirasçısı sayılırdı. İmparatorluk döneminin başlarında, üçüncü bir yolla da mirasçılık sıfatı kazanma mümkün hale gelmişti; ölen kimsenin vasiyetnamesinden bazı kimseler, bazı sebeplerden dolayı yararlanamamaktaysalar ya da vasiyetnameden layıkıyla yararlanamayanlar olursa, söz

---

<sup>459</sup> Berger, **a.g.e.**, s. 732; Henry John Roby, **Roman Private Law**, Volume I (New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd. Union, 2000), s. 175-176; William Gordon, “Succession”, **A Companion to Justinian’s Institutes**. Ed.: Ernest Metzger (New York: Cornell University Press, 1998, ss.80-127), s. 85; John Crook, “Succession in The Late Roman Republic”, **The Classical Law Review, New Series**, Vol. 24, No 2:240-243, s. 242; Mayer-Maly, **a.g.e.**, s. 192.

<sup>460</sup> Umut, **Roma Hukuku Lügati**, s. 154.

konusu vasiyetnameden yararlanamayan kimselere, vasiyetnameye aykırı olarak mirasçılık hakkı tanınabilmekteydi.<sup>461</sup>

## 5.2 . Vasiyet (*Testamentum* ) Yoluyla Miras

### 5.2.1. Kavram

Roma Hukuku'nda "*testamentum*" kelimesi günümüzdeki "vasiyet" ya da "vasiyetname" anlamında kullanılan kelime idi. *Ulpianus*, Roma Hukuku'nda şekle bağlı olarak yapılan işlemlerden biri olan vasiyeti *D.20.1.*'de şöyle tarif etmiştir: "Vasiyet, ölümden sonra geçerli olmak üzere irademizin şeklen belirtilmiş bir ifadesidir." Gerçekten de Roma Hukuku'na göre vasiyet, bir kimsenin son iradesini beyan eden, tek taraflı ve şekle bağlı bir hukuki işlem olarak tanımlanmaktaydı. Ölümüne bağlı bir tasarruf olan vasiyet, ölüm anına kadar değiştirilebilirdi. M.S. 2. yy.'a kadar, hukuki hayatta sıkı şekilci anlayış egemen olduğundan, şekle bağlı bir işlem olarak yapılan vasiyet, ancak belli şekil kurallarına uyarak feshedilebiliyordu. M.S. 2. yy.'dan başlayarak sıkı şekil kurallarından uzaklaşmış, esnek hukuki anlayışla birlikte, vasiyetin feshi anlamına gelen herhangi bir irade beyanı, o vasiyeti hükümsüz kılmaya yeter hale gelmişti.<sup>462</sup>

### 5.2.2. Vasiyetname Türleri

#### 5.2.2.1. *Testamentum Calatis Comitibus*

*Testamentum calatis comitibus*, senede iki kere yapılan tören sırasında, *comitia*'lar yani halk meclisleri önünde yapılan vasiyetname türüydü. Törende halk meclisleri, rahiplerin de hazır bulunmasıyla toplanırlardı ve bunların önünde, vasiyetçinin iradesi rahipler tarafından kabul edilince, vasiyetçinin son isteği, tanık

<sup>461</sup> Umur, **a.g.m.**, s. 162; Erkan Küçükgüngör, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 45, Sayı 1-4: 505-531, (1996), s. 505-506; Umur, **Ders Notları**, s. 504-505.

<sup>462</sup> Moses A. Dropsie, **Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in The Event of Death** (Colorado: Rothman & Co., 1996), s. 15-16; Kaser, **Roman Private Law**, s. 290; Umur, **Ders Notları**, s. 509; Roby, **Roman Private Law** (Volume I), s. 173-174; Küçükgüngör, "**Roma ve Türk...**", s. 507.

olma fonksiyonunu arz eden halk meclislerinin onamasına sunulurdu. *Comitia*'lar önünde yapılan tören sırasında yapılan bu işlem aynı zamanda *adrogatio* işlemi olduğundan, alt soyu bulunmayan bir aile reisinin bu işlem ile bir *sui iuris*'i evlat edinerekten, kendi halefini kendi iradesiyle atadığı söylenebilir. Cumhuriyet Döneminin sonlarında, *Testamentum Calatis Comitiis* artık yapılmaz olmuştu.<sup>463</sup>

### 5.2.2.2. *Testamentum in Procinctu*

Roma'da en eski devirde yapılabilen iki tür vasiyetnameden biri olan *Testamentum in Procinctu*, askerlerin savaş sırasında, savaşımaya hazırlanırken yaptıkları istisnai bir vasiyet türüydü. Savaşa hazırlanan askerler, savaş düzeninde sıralanmış olan arkadaşlarına, son isteklerini beyan ederlerdi. Bazı yazarlarca, *Testamentum Calatis Comitiis*'in taklidi olarak nitelendirilen *Testamentum in Procinctu*, Cumhuriyet Döneminin sonlarında artık yapılmaz olmuştu.<sup>464</sup>

### 5.2.2.3. *Testamentum Per Aes et Libram*

Yukarıda bahsedilen *testamentum in procinctu* ve *testamentum calatis comitiis*, her zaman yapılması mümkün olmayan, ancak belli zamanlarda yapılabilen vasiyetname türleriydi. Roma Hukuku uygulayıcıları ve rahipler, zaman kısıtlaması olmadan kişilerin istediklerinde başvurabilecekleri bir vasiyet türü oluşturma çabasına girmişler ve sonunda *mancipatio* işlemi ile yapılan bir vasiyetname yapma yöntemi geliştirmişlerdir. "*Testamentum per aes et libram*" denen bu yöntem, hukukçular tarafından karmaşık bir yöntem olarak nitelendirilmekteydi. Ancak bu yöntem, vasiyet yoluyla miras bırakmanın temelini teşkil eden bir yöntem olmakla, Roma Miras Hukuku'nda önem taşıyordu. Sonraki zamanda yapılan vasiyetname şekilleri, *testamentum per aes et libram*'dan türemişti. Önceleri *testamentum per aes et libram*, *comitia*'ların toplanmasını bekleyemeyecek kadar hasta ve ölümü yakın hissedilen

---

<sup>463</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 290; Umur, **Ders Notları**, s. 510; Arangio-Ruiz, **a.g.e.**, s. 521; Berki, **Roma Hukuku**, s. 180-181.

<sup>464</sup> Schulz, **a.g.e.**, 240-241; Dropsie, **a.g.e.**, s. 23-24; Umur, **a.g.m.**, s. 168; Kaser, **Roman Private Law**, s. 290; Watson, **Roman Law &...**, s. 77; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 519.

kimselerin başvurdukları bir yöntemdi.<sup>465</sup> *Testamentum per aes et libram*, aileye ait malvarlığının, *familiae emptor* denen güvenilir bir kimseye, “*nummo uno*” denen simgesel bir semen karşılığında *mancipatio* ile devredilmesi idi. Vasiyette bulunan, malları alan kimseye, son isteği konusunda sözlü talimat verirdi, malları alan güvenilir kimse ise, söz konusu isteği yerine getirmeyi taahhüt ederdi.<sup>466</sup>

*Testamentum per aes et libram*, *mancipatio* işlemi ile yapılırdı. Vasiyetçi, beş ergen Roma vatandaşı ve bir terazi memuru (*libripens*) önünde, güvendiği birine aileye ait malvarlığını, kendi isteği doğrultusunda kullanılmak üzere *mancipatio* ile devrederdi. Önceleri alıcı (*familiae emptor*), malların gerçek maliki olurdu ancak sonraları, malların devredilmesi simgesel bir semen karşılığında hayali bir devir işlemi haline geldi. Aile malvarlığına dahil olan malları alan kimse, iktisap sırasında, malları vasiyetçinin isteği doğrultusunda kullanacağını şekle bağlı olarak şöyle beyan ederdi: “Malvarlığının ve paranın, senin emrin ve benim gözetimim altında olduğunu beyan eder, vasiyetini kanuna uygun olarak yerine getirebilmek için vasiyet konusu malları bu bakır külçe ile satın alıyorum” derdi. Daha sonra alıcı, bakır külçe ile teraziye vurarak simgesel olarak semen yerine geçen külçeyi, vasiyetçiye verirdi. Bunun üzerine vasiyetçi, mumlu tabletlere (tahta parçalarına), “*Quirites!* Siz tanık olunuz ki bu malları, bu tahta ve mum üzerinde yazılı olduğu şekilde veriyorum, vasiyet ediyorum” diyerek alıcıya bırakırdı. Tanıklar önünde yapılan, şekle bağlı bu işleme “*nuncipatio*” denirdi. Vasiyetçinin yazılı bir vasiyeti varsa, tanık olan beş Roma vatandaşı, *libripens* ve *familia emptor*, mumlu tabletler üzerine mühürlerini koyup isimlerini yazarlardı.<sup>467</sup>

*Testamentum per aes at libram*'ın önemli unsuru önceleri, alıcı (*familiae emptor*)'nın irade beyanıydı. İlerleyen zamanda *familiae emptor*'un malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı gittikçe önemini yitirdi. *Familiae emptor*'un sıradan bir tanığa dönüşmesiyle, yapılmakta olan işlem, vasiyetçinin iradesiyle yapılan tek taraflı bir hukuki işlem haline geldi. *Mancipatio* işleminde yer alan taraflardan *familiae emptor*, bu durumda ortadan kalkmış olduğundan, onun yerine başkasını geçirmek

<sup>465</sup> Roby, **Roman Private Law** (Volume I), s. 177; Umur, **Ders Notları**, s. 510.

<sup>466</sup> Berger, **a.g.e.**, s. 468; Umur, **a.g.m.**, s. 169.

<sup>467</sup> Schulz, **a.g.e.**, s. 241-242; Umur, **Ders Notları**, s. 511; Berki, **Roma Hukuku**, s. 182; Watson, **Roman Law &...**, s. 77-78; Roby, **Roman Private Law (Vol. I)**, s. 178; Kaser, **Roman Private Law**, s. 290-291; Watson, “**Illogicality and Roman...**”, s. 15-16.

gerekmekteydi. Bu sebeple mirasçı atama yöntemine başvurulmaya başlandı. Önceleri vasiyetnamenin şartlarını *familiae emptor* yerine getirirken, bundan böyle bu görev, “*heres*” denen atanmış mirasçıya ait oldu. *Mancipatio* işlemi en son bu şekli aldı ve sonra da zaman içinde önemini yitirdi. Zaman içinde, *mancipatio*'nun, şekil kurallarına uyulmaz oldu. Artık *testamentum per aes at libram*'ın önem kazanan bölümü vasiyetçinin irade beyanı olmuştu. Bu durumda bazı önlemler alma gereğini duyan *praetor*, *mancipatio*'yu formalite gereği yapılan bir işlem haline getirdi. M.Ö. 2. asırdan başlayarak *praetor*, beş Roma vatandaşı, bir terazi tutan ve malların alıcısından oluşan yedi adet tanığın mührünü taşıyan bir vasiyetnameyi ibraz eden kimseye, *ius civile*'nin şekilciliğini temsil eden *mancipatio* işleminin yapılmış olup olmadığını araştırmadan, *bonorum possessio* tanıyacığını bildirdi.<sup>468</sup>

*Bonorum possessio*'nun uygulamaya konması, “*praetor vasiyetnamesi*” denen, yedi adet tanığın karşısında düzenlenen vasiyetnameyi doğurdu.<sup>469</sup> Klasik hukuk döneminde, şekle bağlı olarak yapılan *ius civile* vasiyetnamesi olan *testamentum per aes et libram* yanında diğer bir vasiyetname şekli ortaya çıktı. Bu, *mancipatio* ile yapılmadığından dolayı önce şekil açısından eksik iken, vasiyetçinin iradesi doğrultusunda, sonradan *praetor* zilyetliği tanınması ile fiilen geçerlilik kazanan

<sup>468</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 512.

<sup>469</sup> *Ius civile* kurumlarını düzeltme, geliştirme, tamamlama fonksiyonlarının üstlenen *praetor*, bir *ius civile* kurumu olan *hereditas* (miras) kurumu ile ilgili de çalışmalar yaptı. *Bonorum possessio*, *praetor*'un çeşitli sebeplere dayanarak, tereke mallarının zilyetliğinin belli kimselere vermesi idi. *Bonorum possessio*, *praetor* hukukunun getirdiği önemli bir yenilikti. Kelime anlamı “malların zilyetliği” olan *bonorum possessio*, Roma Miras Hukuku'nda “*praetor mirasçılığı*” olarak adlandırılan kurumdu. Kendisine *bonorum possessio* tanınan kimse, *praetor*'un kendisine tanıdığı zilyetlik korumaları ile, tereke mallarının zilyetliğine kavuşur, daha sonra kazandırıcı zamanaşımı yoluyla söz konusu malların maliki olurdu. *Bonorum possessio* üç tipti: “*Bonorum possessio contra tabulas testamenti*”, “*bonorum possessio secundum tabulas testamenti*” ve “*bonorum possessio ab intestato*”. *Bonorum possessio contra tabulas testamenti*'ye göre, mirasçı atanmış olmaları gerekmesine rağmen vasiyetnamede yer almayan aile evlatlarına, vasiyetnameye aykırı olarak *praetor* tarafından bazı tereke mallarının zilyetliği tanınmaktaydı. *Bonorum possessio secundum tabulas testamenti* ise, bahsedilen *bonorum possessio contra tabulas testamenti* hakkını kullanabilecek olanlar kullanmayı tercih etmezlerse söz konusu olan bir haktı ve buna göre, vasiyetnamede mirasçı gösterilmiş olmalarına rağmen, gerekli şekil şartlarına uyulmaması yüzünden mirastan yararlanamayan yani *ius civile*'ye göre mirasçı olamayan kişilerin mirastan yararlanmaları sağlanırdı. Böyle bir durumda *praetor* devreye girer, miras bırakanın iradesine ve şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olan ilk vasiyetnamesine aynen uyan *secundum tabulas testamenti* (vasiyetname hükümlerine uygun vasiyetname)'yi yapma olanağı sağlar, *bonorum possessio* yoluyla bu kimseleri mirastan yararlandırır. *Bonorum possessio secundum tabulas testamenti*, Roma hukukunda şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının giderilmesine örnek oluşturan bir kurum olması sebebiyle, çalışma konumuz açısından önemlidir. *Bonorum possessio ab intestato* ise ileride 5.3.2.'de açıklanacağından, burada tekrara yer vermek uygun görülmemiştir. *Bonorum possessio* ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Di Marzo, **a.g.e.**, s. 510-511; Günel, **a.g.m.**; s. 431-432; Umur, **a.g.m.**, s. 165-166; Schulz, **a.g.e.**, s. 245-246.

vasiyetnameydi. Klasik Sonrası dönemde *mancipatio*'nun kullanım dışı kalmasıyla birlikte, terazi memuru (*libripens*) ve güvenilir kişi (*familiae emptor*) de ortadan kalktığından, *ius civile* vasiyetnamesi beş tanığın huzurunda yapılır duruma geldi. *Praetor* vasiyetnamesin bundan farkı, yedi tanığın önünde yapılmasıydı.<sup>470</sup> Bazı yazarlara göre, *testamentum per aes et libram* ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli husus, bu sistemde asıl rolün *familiae emptor*'da değil, şekle bağlı işlem yani *nuncupatio* sırasında kullanılan tabletlerde olduğudur. Şöyle ki, mirasçı bu tabletlerde gizli olarak adı ile kayıtlıydı. Bu gizlilik sebebiyle, söz konusu vasiyet, vasiyetçi tarafından kolayca feshedilebilirdi.<sup>471</sup>

#### 5.2.2.4. *Testamentum per Nuncupationem*

*Iustinianus* döneminde yapılan sözlü vasiyetname, “*testamentum per nuncupationem*” idi. Bu sözlü vasiyetname, şekle bağlı olarak yapılmıyordu. Buna göre vasiyetçi, kendisini dinlemek üzere toplanmış olan yedi adet reşit tanığın önünde son isteğini sözlü olarak belirtirdi.<sup>472</sup>

#### 5.2.2.5. *Testamentum per Scripturam*

*Iustinianus* döneminde, Roma vatandaşı olan yedi adet reşit tanık ve vasiyetçi tarafından imza atılmış olan yazılı vasiyetname türüydü. Vasiyetçi yazı yazamıyorsa, sekizinci bir tanığın (*octavus subscriptor*'un) imzası aranırdı. Vasiyetnamenin tanık önünde yapılması ve tanıkların ayrı ayrı imzalamalarının gerekmemesi yani hukuki işlemin teklik arz etmesi, *ius civile*'den kaynaklanan bir özellik iken, yedi kişinin imzalama yükümlülüğü olması ise *praetor* hukukundan kaynaklanan bir özellikti. *Iustinianus*, belirgin bir zorunluluk olmadıkça, yazılı vasiyetnamenin geçerliliği için aranan şekil şartların mutlak olarak uygulanmasının gerekli olmadığına karar verdi. Buna göre *Iustinianus*, yapılan işlem içinde kendi eliyle

<sup>470</sup> Dropsie, *a.g.e.*, s. 73-74.

<sup>471</sup> Şakir Berki, “Roma Miras Hukuku”, *A.Ü.H.F.D.*, Cilt 10, Sayı 1-4: 542-570, (1953), s. 545.

<sup>472</sup> Dropsie, *a.g.e.*, s. 19.

vasiyetnameyi yazmış olduğunu beyan eden vasiyetçiyi, tekrar imza atmaktan muaf tuttu.<sup>473</sup>

### 5.2.2.6. *Testamentum Militis*

“*Testamentum militis*” yani “asker vasiyetnamesi”, ayrıcalıklı olarak askerlik sırasında yapılabilen bir vasiyetname türüydü. *Caesar* zamanından başlayarak, başka imparatorlar tarafından da geçici bir süre için yapılmasına izin verilen bu vasiyetname, şekil kurallarından yoksun olarak yapılırdı. Yani vasiyetnamenin yeterli sayıda tanığın önünde yapılması gerekmiyordu, ayrıca *mancipatio* işleminin yapılması da şart değildi. Gereken tek şekil kuralı, vasiyetnamede vasiyetçinin iradesinin açık olarak belirtilmiş olmasıydı.<sup>474</sup> Vasiyetnamenin içeriğiyle ilgili kurallar açısından da asker vasiyetnameleri ayrıcalıklıydılar. Şöyle ki, en başta miras bırakanın kısmen mirasçı atayıp kısmen atamadan ölemeyeceği kuralına uyma zorunluluğu (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*) olmak üzere, vasiyetnamenin ilk hükmünün mirasçı atamayla ilgili olması zorunluluğu, kanuni mirasçılık ve veraset konusundaki uyulması gereken ilkeler vb., asker vasiyetnameleri için söz konusu değildi.<sup>475</sup> Bir asker vasiyetnamesi, geçici bir dönem için yapıldığından, askerliğin bitiminden başlayarak bir sene sonra hükümsüz hale gelirdi. *Iustinianus* ise, yalnızca sefer halindeki askerlerin vasiyetnamelerinin hükmü olduğu kuralını getirmişti.<sup>476</sup>

<sup>473</sup> Dropsie, **a.g.e.**, s. 89-90; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 523; Küçükgüngör, “**Roma ve Türk...**”, s. 511.

<sup>474</sup> *Iust., Inst.2.11.pr.*: “*Supra dicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis hi neque legitimum numerum testium adhibuerint neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilo minus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio induxit. Quoquo enim modo voluntas eius suprema sive scripta inveniatur sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate eius.*”

*Iust., Inst.2.11.pr.*: “İmparator emirnameleri, vasiyetnamelerin tanzimi hususunda yukarıda söylediğimiz riyeti zarurî şekilden, büyük tecrübesizlikleri ve saflıkları dolayısı ile, askerleri muaf tuttu. Bunun neticesi, icap eden adette şahit çağırmadıkları ve vasiyetnameler için lüzumlu diğer şekillere riayet etmedikleri halde, yaptıkları vasiyetler muteber addedildi; ancak bu vaziyet bir emirnamemizin, makul olarak kabul ettiği gibi, yalnız sefer haline münhasırdır. Demek ki, askerin son arzusu, ister yazılı ister yazısız, ne suretle beyan edilmiş olursa olsun, kendisinin vasiyet iradesine uygun olarak muteberdir.” Bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, s. 122-123.

<sup>475</sup> Roby, **Roman Private Law** (Volume I), s. 216-217; Küçükgüngör, **Roma Hukukunda Vasiyet**, s. 141.

<sup>476</sup> Dropsie, **a.g.e.**, s. 122-123; Schulz, **a.g.e.**, s. 244; Mayer-Maly, **a.g.e.**, s. 191.



*Iust., Inst.* 2.11.3 incelendiğinde, şekil kurallarına bağlı olmayan asker vasiyetnamesini yapma ayrıcalığının, imparator emirnameleriyle, savaş halindeki ya da ordunun merkezindeki askerlere tanındığı görülmektedir. Buna göre, terhis olmuş askerler ve ordu merkez dışında bulunan askerler, diğer Roma vatandaşlarının tâbi olduğu hukuk kurallarına uygun olacak şekilde vasiyetname yapmak zorundaydılar.<sup>477</sup>

### 5.2.2.7. Resmi Vasiyetnameler ve Özel Vasiyetnameler

Son İmparatorluk döneminde, *praetor* vasiyeti sözlü yapılırken (*testamentum per nuncupationem*), *ius civile* vasiyeti yazılı yapılmaktaydı. Yazılı vasiyet (*testamentum per scripturam*), önce anlatılmış olduğu gibi, yedi adet reşit tanığın önünde yapılır, ayrıca, vasiyetçinin ve tanıkların aynı anda atılmış olan imzalarını içerirdi. Vasiyetçinin yazı yazmayı bilmemesi durumunda, sekizinci tanık getirilir ve bu kimse, vasiyetçi yerine kendi imzasını atardı. Söz konusu yazılı vasiyet, ya devlet otoritesinin müdahalesi ile “resmi vasiyet” şeklinde, ya da sırf vasiyetçinin iradesiyle “özel vasiyet” şeklinde yapılırdı. Yargı makamının ya da şehir memurlarının önünde yapılan vasiyetnameler, “resmi vasiyetnameler” olarak biliniyordu. Resmi vasiyetname, vasiyetçinin *magistra* önünde yaptığı beyanın resmen yazdırılması yoluyla düzenlenirdi ve buna “*testamentum apud acta*” denirdi. Bazı durumlarda, özellikle toplumun ileri gelenleri, vasiyetnamelerini imparatorun korumasına teslim ederlerdi. Bu tip vasiyetnamelere ise “*testamentum princi pi oblatum*” denirdi. Özel vasiyetname türleri arasında yer alan “*testamentum tripertitum*” ve “vasiyetçinin el yazısıyla yapılan vasiyetname” önemliydi. *Testamentum tripertitum*, vasiyetçinin ve tanıkların mührünü gerektirmekteydi. Buna göre vasiyetçi vasiyetnameye mirasçının ismini yazıp bunu tanıklar önünde beyan etmeliydi. Tanıklar mirasçıyı *subscriptio*’ya kaydederlerdi.<sup>478</sup>

<sup>477</sup> *Iustinianus, Institutiones*, s. 125.

<sup>478</sup> Berki, **Roma Hukuku**, s. 182-183; Umur, **a.g.m.**, s. 170; Dropsie, **a.g.e.**, s. 19-20.

### 5.2.3. Vasiyetnamenin İçeriği

#### 5.2.3.1. Mirasçı Atama

Roma Hukuku'nda her vasiyetnamenin içermesi gereken en önemli bölüm, vasiyetnamenin en başında olması gereken mirasçı atama ile ilgili olan bölümdü. Bir vasiyetnamedeki tüm diğer tasarrufların geçerli olabilmesi ve bu tasarrufların sonuç doğurabilmesi, söz konusu vasiyetnamede mirasçı atanmış olmasına bağlıydı. Roma Hukuku'nda, günümüz hukukundan farklı olarak, mirası ölenin iradesine göre belirlemek ilkeydi. Bunun sebebi, her şeyden önce vasiyetçinin, aileyi ve ocağın ateşini kendisi gibi sürdürecektir güvenilir bir kimseyi mirasçı olarak atamayı ve aile mamelekinin bölünmemesini amaç edinmesidir.<sup>479</sup> Modern hukuklarda ise şekle bağlı bu kural katı uygulanmayıp, bir kimsenin ölüme bağlı tasarruflarını içeren son istekleri vasiyeti teşkil edebilmektedir. Roma Hukuku'nda mirasçı atama, atama yapılmasından önce vasiyetnamede bulunan mirasçı belirleyen hükmü geçersiz kılardı. Klasik Öncesi dönemde ve Klasik dönemde mirasçı atama, Latince dilinde, “*Titius heres esto, heredem esse iubeo* (Titius mirasçı olsun, mirasçım olmasını emrediyorum)” gibi emredici hüküm içeren sözlerle yapılması gerekiyordu. Ancak Klasik Sonrası dönemde, şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olan bu kural kaldırılmıştı. İmparator *Constantinus* zamanından başlayarak, miras bırakan kimsenin son isteğini açık şekilde belirten sözlerden oluşan bir vasiyetnamenin olması yeterli bulunmaktaydı. Mirasçı atamanın, eskisi gibi vasiyetnamenin en başında yer alması ise, artık *Iustinianus* zamanından başlayarak bir zorunluluk olmaktan çıkmıştı.<sup>480</sup> Mirasçı atamanın geçerli olabilmesi için, atanan mirasçının mirasçılık ehliyetine sahip olması gerekirdi. Atanan mirasçının kim olduğu ise açık şekilde anlaşılmalıydı. Hata sonucunda, miras bırakan, atamak istediği mirasçıyı değil de başka birini mirasçı atamışsa, söz konusu mirasçı atama geçerli olmazdı. Vasıfta hata halinde, irade esas alınır ve mirasçı atama işlemi, miras bırakanın iradesi doğrultusunda geçerliliğini korurdu. Miras bırakan, bir ya da birden çok mirasçı atayabilirdi. Erteleyici şarta ya da belirsiz vadeye bağlı olarak mirasçı atama yapılabilirdi. Bozucu şarta ya da belli bir vadeye bağlı olarak mirasçı atama

<sup>479</sup>Roby, **Roman Private Law** (Volume I), s. 187; Berger, **a.g.e.**, s. 733; Berki, **a.g.m.**, s. 542.

<sup>480</sup>Koschaker, **a.g.e.**, s. 367; Umur, **Ders Notları**, s. 513.

işlemi yapılamazdı, yapılırsa bu kayıt geçersiz olurdu ancak işlemin mirasçı atama kısmı, yani atanan mirasçının şahsı ile ilgili kısım geçerliliğini korurdu.<sup>481</sup>

### 5.2.3.2. Muayyen Mal Vasiyetleri

Roma Hukuku'nda bir vasiyetnamenin içinde mirasçı atama dışında, muayyen mal vasiyeti ile ilgili hükümler de yer alabilirdi. Vasiyetnamelerde murisin dul eşi ve reşit olmayan çocukları için vasi atama, ayrıca köle azad etme ile ilgili hükümler de yer alabilirdi. Muayyen mal vasiyeti ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan bir kimse, mirasçı atamamış olduğu bir kimseye belli bir malını ya da belli mallarını bağışlamış olurdu. Herhangi bir hak ya da herhangi bir alacak da, muayyen mal vasiyetinin konusu olabilirdi. Roma Hukuku'nda yer alan muayyen mal vasiyetleri, günümüz hukukunu da etkilemiş bir kurumdur. Nitekim günümüzde de muayyen mal vasiyeti yapma yoluna sık olarak başvurulmaktadır. Roma Hukuku'nda bu vasiyet, konusuna göre adlandırılırdı: Ferden belirlenmiş bir mal üzerinde “parça vasiyeti”, neven belirlenmiş bir mal üzerinde “nevi vasiyeti” söz konusu olurdu. Bazen “seçimlik vasiyet” yapılabilirdi. Dönemsel bir gelirin mal karşılığı vasiyet edilebilirdi. İrtifak hakkına ya da *dos*'a yönelik olarak da muayyen mal vasiyeti yapma yoluna gidilebilirdi. Muayyen mal vasiyeti, yapıldığı anda geçerli olmalıydı. Geçersizlik sebebi sonradan ortadan kalksa bile vasiyet geçerli hale gelmezdi.<sup>482</sup> Muayyen mal vasiyeti yapılmışsa, üç taraflı bir miras ilişkisi söz konusuydu: *Legator* (vasiyetçi), *oneratus* (muayyen mal vasiyetinin yükümlüsü olan mirasçı) ve *legatarius* (vasiyette bulunulan). Atanmış olan mirasçı lehine doğrudan doğruya muayyen mal vasiyetinde bulunulamazdı. Çünkü konusu külli halefiyet olan mirasçı atamada, borçların da devri söz konusuydu. Oysa konusu cüzi halefiyet olan muayyen mal vasiyeti, her zaman için kazandırıcı bir işlemdi yani burada borçların devri söz konusu değildi. Belli sözler ya da belli formüller

<sup>481</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 514; Berki, **Roma Hukuku**, s. 184-185.

<sup>482</sup> M.S. I. asırda çıkarılmış olan bir *senatus* kararına göre, muayyen mal vasiyeti konusu olan malın kime ait olduğuyla ilgili sıkı şekilci anlayıştan uzaklaşmakta fayda görülmüştür. Bu *senatus* kararıyla, vasiyetçinin söylediği sözlerden çok, vasiyetçinin kendi iradesi vasiyetin geçerliliğinde etkinlik kazanıyordu. Bunun yerine, vasiyetçinin iradesine olabildiğince bağlı kalmayı sağlamak amacıyla, mal başkasına ait olduğu için önceden geçerli olmayan muayyen mal vasiyeti, artık geçerli sayılmaktaydı. Buna göre, yapılmış olan bir *legatum per vindicationem*, artık bir *legatum per damnationem* sayılarak geçerli bırakılmaktaydı. Klasik Sonrası dönemden başlayarak muayyen mal vasiyetleri, şekil kuralları gözetilmeden yapılır olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Ders Notları**, s. 518.

kullanılarak yapılan muayyen mal vasiyeti, ilk olarak *Legatum* ve *Fideicommissum* türünde yapılmaya başlanmıştı. *Iustinianus* zamanında *fideicommissum*, *legatum*'a eşdeğer duruma getirilmişti.<sup>483</sup>

### 5.2.3.2.1. *Legatum*

*Legatum* kelimesi, “*legare*” kelimesinden türemiştir. “*Legare*”, bir mirasçıyı yükümlülük altında bırakmak anlamına gelirdi. *Legatum*, Roma Hukuku'nun uygulandığı ilk devirlerden beri başvuru olan bir ölüme bağlı tasarruf yöntemi idi. Yapılış şekline göre dört çeşit *legatum* vardı:<sup>484</sup>

#### 5.2.3.2.1.1. *Legatum Per Vindicationem*

*Legatum per vindicationem*, muayyen mal vasiyetinde bulunmanın en eski türüydü. Şekil şartına bağlı yapılandı. Burada vasiyetçi, kendisine muayyen mal vasiyetinde bulunduğu kimseye, vasiyet konusu malın mülkiyetini doğrudan doğruya devretme sonucunu doğuracak şekilde sözlü beyanda bulunurdu. *Gai. Ins. 2. 193* incelendiğinde görüldüğü üzere, vasiyetçi mirasçı atadıktan sonra, “Şu kölemi *Titius* kendisi için alsın”, “*Titius*, köleyi kabul etsin”, “*Titius*, kölenin sahibi olsun” gibi sözler söyleyerek muayyen mal vasiyetinde bulunurdu. Atanmış mirasçı terekeyi iktisap eder etmez, lehine muayyen mal vasiyetinde bulunulan kimse, malın maliki olurdu. Muhtemelen hak sahibinin malını *rei vindicatio* ile talep edebilmesinden yola çıkarak *legatum per vindicationem* olarak adlandırılan bu *legatum*, aynı hak olan mülkiyet hakkını konu aldığından, söz konusu vasiyet “mülkiyet vasiyeti” olarak bilinmekteydi.<sup>485</sup>

#### 5.2.3.2.1.2. *Legatum Per Damnationem*

*Legatum per damnationem*, lehine mal vasiyet edilen kimsenin, mirasçı atanana karşı bir alacak hakkı kazandığı vasiyet türüydü. Şekil şartlarına bağlı

<sup>483</sup> Küçükgüngör, “**Roma ve Türk...**”, s. 514-515; Umur, **a.g.m.**, s. 173-174.

<sup>484</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 318.

<sup>485</sup> Gordon - Robinson, **a.g.e.**, s. 219; Umur, **Ders Notları**, s. 517; Watson, **Roman Law &...**, s. 80.

olarak yapılırdı. *Gai. Ins. 2.201*'e göre vasiyetçi, mirasçısının, vasiyet konusu muayyen malı, lehine mal vasiyet edilene vermesi için “Mirasçım, köle *Stichus*'u, *Titius*'a vermek zorunda olsun” derdi. Bunun sonucunda, mirasçı ile lehine mal vasiyet edilen kimse arasında borç ilişkisi doğduğundan, borç doğurucu özelliği olan bu *legatum*'u “borç vasiyeti” olarak adlandıranlar vardı. Bu *legatum* ile, mirasçıya, vasiyetçiye, bazen de üçüncü kişiye ait olan ya da ait olacak olan bir malın vasiyet edilmesi söz konusu olabilmekteydi. Üçüncü kişiye ait olan bir malın ise bedelini lehine mal vasiyet edilene verebilen mirasçı, borcundan kurtulmuş olurdu. Lehine mal vasiyet edilen kimse, malın mülkiyetini gerekli şekilde devretmeyen mirasçıya karşı vasiyetten doğan şahsi dava (*actio ex testamento*)'yı açabilirdi.<sup>486</sup>

#### 5.2.3.2.1.3. *Legatum Sinendi Modo*

*Gai. Ins. 2.209*. incelendiğinde görüldüğü üzere bu *legatum*, şu gibi sözler söylenerek yapılırdı: “Mirasçım, *Lucius Titius*'un köle *Stichus*'u almasına ve onu sahiplenmesine izin vermeye mecbur olsun”. Bu tür muayyen mal vasiyeti, mirasçı ve lehine mal vasiyet edilen kimse arasında bir borç ilişkisi doğururdu, mirasçıya karşı *actio ex testamento* açılabilirdi. Mirasçının, vasiyet edilen malın mülkiyetini devretmek için herhangi bir işlem yapma yükümlülüğü olmayıp, yalnızca o malın muayyen mal alacaklısı tarafından alınmasına izin verme yükümlülüğü bulunuyordu. Ancak mirasçıya ve vasiyetçiye ait mallar, *legatum sinendi modo* yapılıp vasiyet konusu olabilirdi, üçüncü kişiye ait mallar *legatum sinendi modo* yapılıp vasiyet konusu olamazdı.<sup>487</sup>

#### 5.2.3.2.1.4. *Legatum Per Praeceptionem*

*Legatum per praeceptionem*, öncelikli vasiyetti. *Gai. Ins. 2.216* incelendiğinde görüldüğü üzere, “*Lucius Titius*, köle *Stichus*'u öncelikli olarak alsın” gibi sözler söylenerek yapılırdı. *Sabinianus* okuluna bağlı olanlar, bu tür muayyen mal vasiyeti ile, tek bir hisse verilmiş olan atanmış mirasçılardan birine, tereke paylaşılmadan önce muayyen mal vasiyetinde bulunduğu ve bu durumda terekenin

<sup>486</sup>Watson, **Roman Law &...**, s. 80; Gordon - Robinson, **a.g.e.**, s. 223; Umur, **a.g.m.**, s. 175.

<sup>487</sup>Gordon - Robinson, **a.g.e.**, s. 227; Kaser, **Roman Private Law**, s. 319.

paylaşımı için dava açılabilceği fikrindeydiler. *Proculianus* okuluna bağlı olanlar ise, üçüncü kişiye de *legatum per praeceptionem* ile muayyen mal vasiyetinde bulunulabileceği ve bunun *legatum per vindicationem*'den farklı olmadığı fikrindeydiler.<sup>488</sup>

### 5.2.3.2.2. *Fideicommissum*

Vasiyetçinin, üçüncü bir kimseye vermesi ya da üçüncü bir kimse lehine bir şey yapması konusunda, mirasçı ya da vasiyetli olarak terekeden faydalanmış olan bir kimseden ricada bulunmasına *fideicommissum* denmekteydi. Bu ricanın yerine getirilmemesinin herhangi bir yaptırımı yoktu ancak vasiyetçi ricada bulunduğu kimsenin şerefine ve hüsnüniyetine güvenirdi. *Fideicommissum*'un miktarını belirlemede vasiyetçi serbestti. Sözlü ya da yazılı bir şekil kuralına uyma zorunluluğu olmadan *fideicommissum* yapılırdı.<sup>489</sup> Genellikle, *legatum* ile muayyen mal vasiyetinde bulunulamayan kişilere *fideicommissum* ile mal vasiyet edilebilirdi. *Fideicommissum*'un getirdiği yükümlülük şöyle tarif edilebilirdi: Kanuni mirasçı ya da aracısız olarak muayyen mal vasiyetinden yararlanmış olanlar gibi *legatum* yüklenemeyen kimselere bu görev verilmekteydi. *Fideicommissum* genellikle, vasiyetnameye eklenen *codicillum* denen ayrı bir mektupla yapılırdı. *Fideicommissum* ile *legatum* arasındaki en önemli fark, *fideicommissum*'un, *legatum*'un şekilciliğinden ve kısıtlamalarından yoksun olmasıdır. Zamanla bir taraftan *legatum*'un şekilciliği yok olduğu, diğer taraftan da kısıtlamalar *fideicommissum*'u da kapsamına aldığı için, *Iustinianus* hukukunda *legatum* ve *fideicommissum* arasında fark kalmamıştı. *Iustinianus* zamanında *legatum*, vasiyetname içinde belirtilen muayyen mal vasiyetlerine denirdi. *Fideicommissum* ise, bağımsız *codicillum*'lar ile belirtilen muayyen mal vasiyetlerine denmekteydi.<sup>490</sup>

<sup>488</sup> Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 571; Kaser, **Roman Private Law**, s. 319-320; Watson, **Roman Law &...**, s. 80; Umur, **a.g.m.**, s. 175-176.

<sup>489</sup> Kaser, **Roman Private Law**, s. 323-324.

<sup>490</sup> Terekenin tamamının muayyen mal olarak vasiyet edilebildiği *fideicommissum* türüne, "*fideicommissum universitatis*" denmekteydi. Bu, vasiyetçinin mirasçısını atadıktan sonra, terekenin tamamını arzu ettiği, ancak hukuken mirasçısı haline getiremediği bir kimseye devretmesini, atanmış mirasçıdan rica etmesiyle yapılırdı. Mirasçı, tereke kapsamındaki tüm malları bu şekilde devrettikten sonra, yine mirasçı sıfatını korurdu, terekenin borçlarını *fideicommissum*'dan yararlanmış olan kimseye *stipulatio* yaparak devrederdi. Aynen bu yolla, terekedeki bir malın vasiyet edilmesine ise, "*fideicommissum speciale*" denmekteydi. "*Substitutio fideicommissum*" ise, vasiyetçinin, mirasçısının

### 5.2.3.2.3. *Praelegatum*

Mirasçılardan birine, aracısız olarak yapılan mal vasiyetidir. *Praelegatum* ile vasiyetçi, tereke paylaşılmadan önce bir mirasçıya, kendi payından ayrı, muayyen bir malı almasına izin vermekteydi. Tek bir mirasçı terekenin sahibiyse, muayyen mal vasiyeti olarak yapılan *praelegatum* geçersizdi, çünkü söz konusu tek mirasçı, mirasçılık sıfatıyla terekeyi asıl kazanan kimseydi. Ancak birkaç mirasçı bulunmaktaysa, aralarından bir tanesine yapılan mal vasiyeti geçerliydi. Vasiyette, muayyen mal vasiyetinin hangi mirasçı için yapıldığı belirtilmemişse, müşterek mirasçılar hepsi birden borçlanırdı. Bu durumda, her bir mirasçı, miras payı oranında vasiyeti yerine getirmeliydi. Aracısız olarak lehine mal vasiyet edilen kimse de bunlar arasında yer almaktaydı. Nitekim, vasiyetin aracısız muayyen mal vasiyet edilen kısmı yok hükmünde olup, bu mirasçı, miras payını mirasçılık sıfatıyla elde etmiş bulunmaktaydı.<sup>491</sup>

### 5.2.3.2.4. Ölüme Bağlı Hibe (*Mortis Causa Capio*)

Ölüme bağlı hibe yani “*mortis causa capio*”daki “*capio*” kelimesi, kendisine hibe yapılan kimsenin, hibede bulunandan sonra ölmesi durumunda, vasiyet edilmiş olan malda kazanmış olduğu zilyetliği ifade etmekteydi. Ölüme bağlı hibe, hibe edenin kendisinin, yakın bir ölüm tehlikesinden (hastalık, tehlikeli yolculuk, savaş vb. durumlarda) kurtulma olasılığının düşük olması sebebiyle yaptığı hibe türü idi. Ölüme bağlı hibe, her zaman için, hibede bulunanın, lehine hibe yapılan kimseden önce ölmesi şartına bağlı olarak yapılmaktaydı. Bozucu ya da geciktirici şarta bağlı olarak, böyle bir hibe yapılabilirdi. Şart bozucu ise, lehine hibe yapılan kimse ölüm ile birlikte hemen hakkı elde ederdi. Ancak lehine hibe yapılan önce ölürse, hibe ortadan kalkardı. Geciktirici şart söz konusu ise, ölüme bağlı hibe, hibe yapanın, lehine hibe yapıldan

---

ölümünden sonra, terekenin tamamının başka kimselere geçmesini vasiyet ettiği *fideicommissum* idi. Mirasçı, vasiyetçinin bu isteğini yerine getirmek için, kendi yaptığı vasiyetnamede söz konusu kimseyi kendisine mirasçı gösterebilirdi. Vasiyetçinin isteğinin yerine getirilebileceği diğer yöntem ise, vasiyetçinin, mirasçısının kendi mirasçısından, terekeyi vasiyetçinin istediği kimselere bırakmasını bir *fideicommissum* ile rica etmesiydi. Böylelikle, mirasçının yer değiştirmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.:Umur, **Ders Notları**, s. 518-519; Roby, **Roman Private Law** (Volume I), s. 356-357; Umur, **a.g.m.**, s. 177-178.

<sup>491</sup> Umur, **a.g.m.**, s. 178-179.

önce ölmesiyle hüküm doğururdu. Hibe edilen şeyin, hibeyi yapana geri verilmesine ilişkin *stipulatio* ile taahhütte bulunulabilirdi. Ancak *stipulatio*'nun yapılmamış olması durumunda, hibede bulunan kimseye sonradan “*condictio sine causa*” tanımak mümkündü. Ölüme bağlı hibe, olağan bir hibe türü olmasına rağmen, muayyen mal vasiyetine oldukça yakınlık arz ediyordu.<sup>492</sup> Ölüme bağlı hibe, en eski devirde *mancipatio* ve *in iure cessio* ile yapılıyordu. *Iustinianus*, ölüme bağlı hibenin yapılabilmesi için eski şekil şartlarını kaldırmış, hüküm ve sonuçlarını *legatum* ve *fideicommissum*'un hüküm ve sonuçlarına yaklaştırarak vasiyetçiye serbesti sağlamıştı.<sup>493</sup>

#### 5.2.4. Vasiyetnamenin Geçerliliği

Roma Hukuku'nda vasiyet, mamelekin tümüne yönelik bir tasarruf olduğu için, iki vasiyetnamenin bir arada bulunması mümkün olmayıp, son vasiyetname ilkini iptal ederdi.<sup>494</sup> En eski devirde vasiyet genellikle mirasçı atamak için yapılmaktaydı. Vasiyetnamede bulunan bağışlamalar, vasi tayinleri, köle azad etmeler vb. tasarruflar arasında, mirasçı atama en önemli yere sahipti. Öyle ki, mirasçı atama ile ilgili olan vasiyetname hükmü geçersizse, vasiyetnamenin diğer hükümleri de geçersiz hale gelirdi. Buna karşılık, bir vasiyetnamede mirasçı atama ile ilgili olan hüküm geçerli, diğer hükümler geçersizse, o vasiyetnamenin mirasçı atama ile ilgili olan hükmü geçerli olduğundan vasiyetname geçerlilik arz ederdi.<sup>495</sup> Roma Miras Hukuku'nda mirasçı atamaya verilen önem, *Gaius*'a ait olan *Gai. Ins. 2. 229.*'daki “Mirasçı atama, her vasiyetin başı ve temeli sayılır” sözlerinden de açıkça anlaşılmaktadır. *Iustinianus* hukukunda ise mirasçı atama, diğer Miras Hukuku işlemleri gibi kabul edilir olmuştu ve bir vasiyetnamede mirasçı atama işleminin geçersiz olması durumunda dahi, diğer vasiyetname hükümleri geçerliliğini korumaya devam etmiştir.<sup>496</sup>

---

<sup>492</sup> Roby, **Roman Private Law** (Volume I), s. 530-531; Koschaker, **a.g.e.**, s. 419; Kaser, **Roman Private Law**, s. 328.

<sup>493</sup> Berki, **a.g.m.**, s. 576.

<sup>494</sup> Berger, **a.g.e.**, s. 733.

<sup>495</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 509.

<sup>496</sup> Berger, **a.g.e.**, s. 733.



### 5.2.5. Vasiyetnamenin Açılması

Roma Hukuku'nda vasiyetnamenin açılması, sıkı şekil kurallarıyla düzenlenmişti. M.S.6 yılında çıkarılan “mirasların yirmide birine ilişkin *Iulia Kanunu (Lex Iulia de vicesima hereditatium)*” uyarınca, çok az olan miras payları ve en yakın hısımlar arasındaki miraslar dışındaki miras kazanımları için, Roma vatandaşlarına, %5 vergi ödeme zorunluluğu getirilmişti. Bu kanun ile, vasiyetnamenin yazılı olduğu tahtaların açılması için belli şekil kuralları getirilmişti. Söz konusu düzenlemenin amacı, verginin ödendiğinin ispatını sağlamaktı. O halde burada şekil, ispat şartıydı. Genellikle, ölümün üçüncü ve beşinci günü arasında vergi dairesinde, vasiyetnameyi yaparken orada olup söz konusu vasiyetnameyi mühürlemiş olan tanıkların tümünün ya da çoğunluğunun önünde ipler kesilir ve vasiyetname açılırdı. Tanıkların hazır bulunmasının aranmasının sebebi, mühürleri tanımalarının gerekli olmasıydı. Tanıkların orada bulunamaması durumunda, vasiyetname saygın kişilerin önünde açılmalıydı. Vasiyetname açıldıktan sonra okunurdu. Vasiyetnamenin bir kopyası alınarak, bunun evrak hazinesinde muhafaza edilmesi gerekirdi. Bütün bu işlemlerin yazılı olarak zaptı tutulurdu. Bir vasiyetnameyi, kanunun emrettiği şekil kuralları ve yer dışında açan ve okuyan kimse, 5.000 *sesterz*'e mahkûm edilirdi.<sup>497</sup>

### 5.3. *Ab Intestato* Miras ve Türleri

“*Ab intestato*” mirası “kanuni miras” olarak adlandıranlar vardır ancak çoğu Roma hukukçusunun hemfikir olduğu üzere, “*ab intestato*” mirasın karşılığının “hukuki miras” olarak yorumlanması kanımızca daha doğrudur. Vasiyetçi, öncelikle vasiyet yoluyla miras bırakma yetkisine sahipti. Ancak, ölen kimsenin yaptığı vasiyetname geçersiz ise ya da vasiyetnamesi yoksa ya da atanan mirasçılardan mirasçı olabilme ehliyeti bulunmuyorsa, bu durumda *ab intestato* miras söz konusu olurdu. O halde *ab intestato* miras, vasiyet yoluyla mirasa tâbiydi. Aile reisi çeşitli sebeplerden dolayı vasiyet yoluyla ailenin halefini seçememişse, ailenin halefi hukuk düzeni tarafından belirleniyordu ve buna *ab intestato* miras deniyordu. Tam tersine, Klasik Öncesi dönemde, hukuk düzeninin belirlediği “*ab intestato* miras” esas alınmaktaydı yani

<sup>497</sup> Di Marzo, a.g.e.,s.538; Berki, **Roma Hukuku**, s. 183.

vasiyetname aile reisi tarafından düzenlenmiyordu.<sup>498</sup> Roma'nın ilk devirlerde, aile reisinin ölümü ile *sui iuris* olanlar, ölene doğrudan halef olmaktadır ve yalnızca bu kişiler mirasçı sıfatını taşımaktaydılar. Çocuğu olmayan aile babasının, senenin belli günlerinde toplanan *comitia*'lar önünde yaptığı vasiyetname, evlat edinme işlemine (*adrogatio*'ya) eşdeğerlilik arz ederdi. Bu şekilde evlat edinilmiş olan kimse, vasiyetçinin ölümü ile *sui iuris* olacağından mirasçı sıfatını kazanırdı. Diğer bir yöntem ise, aile babasının *testamentum per aes at libram* ile *mancipatio* yoluyla, tereke kapsamındaki mallarını yasal mirasçısı olmayan birine devretmesi ve böylelikle kendi isteğine uygun şekilde kullanılmasını öngörmesiydi. Aile babası bu yolla da kendisine halef belirlemediyse, XII Levha Kanunu'na göre miras, agnatik hısımlar tarafından kazanılırdı.<sup>499</sup>

### 5.3.1. *Ius Civile*'ye Göre *Ab Intestato* Miras

*Ius civile*'ye göre *ab intestato* miras, XII Levha Kanunu'nda düzenlenmiş olan miras sistemiydi ve *agnatio* sistemine dayanırdı. *Agnatio* sistemine göre, eğer vasiyetname yoksa, agnatik hısımlar, üç sınıfa ayrılıp kendi içinde derecelenerek ölen kimsenin mirasını kazanırlardı. Üç sınıf birbirini takip ederek sıralanırdı. Şöyle ki, önceki sınıf içinde mirasçı olabilecek kişiler yoksa, ya da mirasın reddi, miras ehliyeti bulunmaması gibi sebeplerle mirasçı olamıyorlarsa, onu takip eden sınıftaki kişiler mirasçı olurlardı. Aynı sınıf içinde ise, derecelendirme sistemiyle mirasçılık sıfatı kazanılırdı.<sup>500</sup> Birinci sınıfa girenler, *sui heredes* denen kişilerdi yani miras bırakanın ölümüyle *sui iuris* durumuna gelen aile evlatları, evlat edilenler, daha önceden baba egemenliğinden çıkarılmış olan kişilerin torunları ve *manus* altındaki kadınlardı. *Sui iuris* evlatlardan birisi ölmüşse, onun hissesi çocukları arasında paylaşıldı. Tüm bu mirasçılar tarafından tereke eşit olarak bölünürdü. Kadınların *sui heredes*'i olmazdı. İkinci sınıfın üyeleri ise yakın agnatik hısımlardı ve *sui heredes* kimse yoksa, öncelik

---

<sup>498</sup> *Ab intestato* mirası “kanuni miras (*legitima hereditas*)” olarak adlandıranlar da vardı, ancak Roma hukukçuları bu fikirde değillerdi. Roma hukukçularına göre “*legitima hereditas*”, “*praetor* mirası”na karşılık gelen “*ius civile* mirası” anlamına gelmekteydi. “*Ab intestato* miras”ı, “kanuni miras” olarak adlandıranlar, *ius civile* - *ius honorarium* ayrımını benimsememiş olan ortaçağ hukukçularıydı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **a.g.m.**, s. 162 ve s. 181.

<sup>499</sup> Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 540; Arangio-Ruiz, **a.g.e.**, s. 509-510.

<sup>500</sup> Koschaker, **a.g.e.**, s. 373.

erkek kardeşe ait olmak şartıyla, mirasçı olabilecek diğer kimselerden oluşurdu. Denklik arzeden bir durumun varlığı halinde bu sınıfın üyeleri, mirası eşit olarak paylaşırlar, önce gelen sonra gelenin mirasçılığını önlerdi. Üçüncü sınıfı ise, ölen kişinin dahil olduğu *gens*'in diğer üyeleri oluştururdu.<sup>501</sup>

### 5.3.2. *Praetor Hukukuna Göre Ab Intestato Miras*

*Praetor, ius civile* uyarınca düzenlenmiş olan Miras Hukuku kurallarının sebep olduğu haksızlıkların önüne geçmek için, beyanname ile, özgür doğanların mirasçılığını temel alan bir düzenleme yapma yoluna gitti. Bu düzenlemeye göre, mirasçılar dört sınıftan oluşuyordu. *Praetor*, bu dört sınıfa dahil olan kişilere “*bonorum possessio intestati*” yani, vasiyetname bulunmadığı takdirde malların zilyedi olma hakkını tanımıştı. Mirasçı olabilecek kimse, gerekli süre içinde mirası elde etmek için başvurmazsa, mirasçılık hakkı, sonradan gelene geçerdi.<sup>502</sup> Bu dört sınıf şöyle sıralanırdı: Birinci sınıf, *cognatio* yani kan hısımlığı esas alınarak tayin edilmiş olup, hem kan hısımlığı esas alınarak miras düştüğü anda var olan çocuklar ya da daha önce ölmüş olan çocukların altsoyundan, hem de baba egemenliğinden çıkarılmış olduğu için *ius civile*'ye göre kanuni mirasçı olamayan evlatlar ve bunların çocukları ve torunlarından oluşurdu. Evlat edinildikten sonra aile egemenliğinden çıkarılmış olan aile evlatları ve başkası tarafından evlat edinilmiş olup onun egemenliğinde bulunanlar ise, bu sınıfa girmezlerdi. İkinci sınıf, *ius civile*'nin mirasçılık tanıdığı kimselerden oluşurdu. Ölen kimsenin çocuğu bulunmuyorsa, bu durumda agnatik hısımlar mirasçı olurlardı. Agnatik hısımlık, baba egemenliği ölüm dışında bir sebeple sona ermişse, artık dikkate alınmazdı. Üçüncü sınıf ise, kan hısımlarının mirasçı olmasıyla ilgili yeni fikre dayanırdı. *Praetor, ius civile*'ye göre kanuni mirasçı olamayan kan hısımlarını, daha önceki sınıflardan mirasçı olabilecek kimse yoksa, altıncı dereceye kadar mirasçı gösterip, onlara *bonorum possessio* tanımaktaydı. Burada, ölen kimsenin annesi ve annesinin hısımları gözetilmekteydi. Yakın hısmın varlığı, uzak olan hısmın

<sup>501</sup> Arangio-Ruiz, **a.g.e.**, s. 510-511; Nicholas, **a.g.e.**, s. 247-248; Umur, **a.g.m.**, s. 172; Berki, **Roma Hukuku**, s. 186-187.

<sup>502</sup> Crook, **a.g.m.**, s. 241.

mirasçılığını engellerdi. Dördüncü sınıfta, *manus*'lu olup olmadığına bakılmaksızın, ölenin sağ kalan eşi yer alırdı.<sup>503</sup>

### 5.3.3. *Iustinianus* Hukukuna Göre *Ab Intestato* Miras

Kan hısımlığını esas alan anlayış, *praetor*'un çalışmalarından sonra, İmparatorluk döneminde de güçlendi ve agnatik hısımlığın yerine geçti. *Ius civile*'ye göre anne ve çocukları arasındaki hısımlık, ancak agnatik hısımlıkları uyarınca mümkünken, İmparatorluk döneminde *senatus* kararlarıyla, üç çocuğu olan özgür bir kadının ve dört çocuğu bulunan azatlı bir kadının, ölen çocuklarının mirasçısı olması mümkün hale geldi. *Iustinianus* ise, çocuk sayısına bağlı olmaksızın kadının her zaman çocuğuna mirasçı olabilmesini sağladı. Başka bir *senatus* kararına göre, *manus*'suz evlenmiş kadının çocuğunun, annesine mirasçı olabilmesine izin verildi. Bu kararlar, hem anne ve çocuk arasındaki yakın miras ilişkisinin önünü açmıştı, hem de *ius civile*'ye göre mirasçı olamayan kimselerin de kanuni mirasçı olabileceği anlayışını getirmişti.<sup>504</sup>

*Iustinianus*, kanuni mirasçılığı, sıkı şekilde kan hısımlığına bağladı. Bir üst sınıfta mirasçı bulunması halinde bir alt sınıftaki mirasçılar mirastan yararlanamazlardı. Buna göre *ab intestato* mirasçılar şunlardı: Birinci sınıfta, baba ve anaya oranla en yakın altsoy mirasçı olurdu. Yakın altsoydan biri ölmüşse, onun hissesini çocukları eşit olarak alırlardı. İkinci sınıfta, ölenin altsoyu bulunmuyorsa, en yakın üstsoy olan ana baba bir kardeşler ve onların altsoyu, kan hısımlığı esasına göre yer alırlardı. Aynı derecede birkaç kişi varsa miras, yarısı ana tarafından üstsoy, yarısı baba tarafından üstsoy arasında bölüşülürdü. Üçüncü sınıfta yer alan mirasçılar, yalnız baba ya da yalnız ana tarafından olan kız ya da erkek kardeşlerdi. Dördüncü sınıfta, aynı derecedeki tüm civar hısımları yer alabilirdi. Sağ kalan eş için, *praetor* hukukunun tanıdığı *bonorum possessio* devam etmekteydi. *Iustinianus*'un, *dos* getirmemiş olan fakir kadınları korumak için yaptığı düzenlemeye göre, çocukların payına denk düşen bir miras payı üzerindeki intifa hakkı, bu kadınlara verildi. Eğer çocuk yoksa dul kadına, terekenin dörtte birinin mülkiyeti verilmeye başlanmıştı. *Iustinianus* zamanında yapılan, dul

<sup>503</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 525; Nicholas, **a.g.e.**, s. 249; Koschaker, **a.g.e.**, s. 375; Berki, **a.g.m.**, s. 552.

<sup>504</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 525-526.

kadına terekeden dörtte bir oranında pay verilmesine ilişkin düzenleme, günümüz Miras Hukuku'nu dolaylı olarak etkilemiştir.<sup>505</sup>

#### 5.4. Mirasın İntikali (Geçişi) ve Mirası Kabul Şekilleri

Atanmış mirasçılar ya da kanuni mirasçılar tarafından kazanılamamış olan tereke kapsamındaki mallar, “mirasçısız mal” haline gelir ve hazineye geçerdi.<sup>506</sup> Evlenmemiş kimseler ve çocuksuz kadınların mirası kabul yetkisi olmadığından, bunların payları evli mirasçılara ya da hazineye geçerdi.<sup>507</sup> Günümüz hukukunda her mirasçı mirası reddedebilir, ancak bunun tersine Roma Hukuku'nda zorunlu mirasçılar mirası reddedemezlerdi. Roma Hukuku'nda, vasiyet yoluyla mirasçı yanında, kanuni mirasçıların da mirastan pay almaları söz konusu olduğundan ve saklı pay geç belirlendiğinden, mirasın paylaşılması (taksimi) zordu.<sup>508</sup> “*Heredes domestici*”<sup>509</sup> denen “zorunlu mirasçılar”, mirası intikal (geçiş) anında kazanmış olurlardı. Ancak tereke yalnızca borçlardan ibaret olursa, mirasın kazanılmasıyla kendisine ait mallar tereke ile karışacağından, mirasçı, terekenin borçlarından sorumlu olmak zorunda kalırdı. Böyle bir durumda mirasın kazanılması, mirasçının kendi mallarını satıp, şerefsizliğe dahi düşmesi gibi istenmeyen sonuçlar yaratabilirdi. Mirasçının malvarlığı, miras bırakanın borçlarının tümünü kapatmaya yetmediği zaman ise, mirasın mirasçı tarafından kazanılması alacaklılar için de sakınca arz ederdi. Bu sakıncaların söz konusu olduğu durumlarda *praetor*, mirasçıya mirası reddetme değil de, “*beneficium abstinendi*” denen

<sup>505</sup> Nicholas, **a.g.e.**, s. 250-251; Berki, **Roma Hukuku**, s. 188-189; Umur, **Ders Notları**, s. 526; Di Marzo, **a.g.e.**, s. 546-547; Koschaker, **a.g.e.**, s. 377; Umur, **a.g.m.**, s. 184; Berki, **a.g.m.**, s. 553.

<sup>506</sup> Umur, **Ders Notları**, s. 526.

<sup>507</sup> Berki, **a.g.m.**, s. 559.

<sup>508</sup> Berki, **a.g.m.**, s. 557.

<sup>509</sup> “*Heredes domestici*”nin yani “zorunlu mirasçılar”ın kapsamına, *heredes necessari* ve *heredes sui et necessari* olmak üzere iki tür mirasçı girmektedir. *Heredes necessari*, Roma'da bir kimsenin mirasçısının olmaması hoş karşılanmadığından, mirasçısız kalma durumunda olanların, son çare olarak vasiyetname ile kölelerini mirasçı atamalarıyla ortaya çıkan zorunlu mirasçılardı. Köleler, *ipso iure* mirasçı durumuna gelirler ve mirası reddedemezlerdi. Bu mirasçıların “zorunlu mirasçı” olarak nitelendirilmeleri, mirası kabul etme zorunda olmalarından kaynaklanmaktaydı. Klasik dönemde, bu kölelerin mirasçı atanmış oldukları vasiyetnamede, aynı zamanda azad edilmiş olmaları gerekmektedir. *Iustinianus* döneminde, mirasçı atanmaları durumunda, doğrudan azat edilmiş oldukları kabul edilirdi. *Heredes sui et necessari* ise, miras bırakanın egemenliği altındayken, onun ölümüyle *sui iuris* olan kimselerdi. Bunların “zorunlu mirasçı” sıfatını taşımaları, vasiyetnamede isimlerinin bulunmasının, yani mutlaka mirasçı olarak gösterilmelerinin zorunlu olmasından kaynaklanmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, **Ders Notları**, s. 505; Günel, **a.g.m.**, s. 428-429.

mirası kabulden kaçınma ayrıcalığını verdi. *Beneficium abstinendi*, tereke mallarının, miras bırakanın adına satılmasını da temin etmekteydi.<sup>510</sup> Zorunlu mirasçılar dışında kalan tüm mirasçılara “*heredes extranei* (ihtiyari mirasçılar)” denirdi. *Heredes extranei*, ya miras konusu malları kullanarak ve tereke kapsamındaki bir borcu ödeyerek, yani, mirasçı olma niyetlerinin var olduğunu belli edecek şekilde davranarak (*pro herede gestio*), mirası kabul etmiş olurlardı ya da şekle bağlı bir işlem olan *cretio* yaparak mirası kabul ederlerdi. *Cretio*, tanıklar önünde sözlü beyanda bulunularak yapılan bir işlemdi. Vasiyetname ile miras bırakıldığında, *cretio* şu sözler kullanılarak yapılırdı: “*quod me P. Mevius teatamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*” yani “madem ki *P. Mevius* vasiyetname ile beni mirasçı atadı, kararımı verdim, bu mirası kabul ediyorum”.<sup>511</sup> Mirası kabul, vasiyetnameyle belli bir süreye bağlanmışsa, bu çeşit *cretio*’ya “*cretio continua*” denirdi. Miras bırakanın ölümünü öğrenme tarihinden kısa bir süre sonra yapılan kabul ise “*cretio vulgaris*” olarak bilinirdi.<sup>512</sup> Miras bırakan, mirası kabul edip etmemeye karar vermesi için, mirasçıya düşünme süresi tanımayı uygun bulmuşsa, belli bir süre (genellikle yüz gün) içinde *cretio* yapılmasını, “*cretio continua*” ile şart koşabilirdi. Böyle bir süre verilmişse, mirasçı gibi davranmakla değil, ancak bu süre içinde *cretio* yapılırsa miras kabul edilmiş sayılırdı. *Cretio* işlemi yapılmadan önce ihtiyari mirasçı ölürse, miras onun mirasçılarına geçmezdi. Öte yandan zorunlu mirasçılar için, mirasçı gösterilme ve mirasın kazanılması aynı anda olduğundan, zorunlu mirasçı, mirası fiilen kazanmadan ölürse, söz konusu miras artık, ölen zorunlu mirasçının mirasçılarına geçerdi. Zaman içinde, sıkı şekilci anlayıştan uzaklaştı. Klasik Sonrası dönemde *cretio* işlemi kullanım dışı kaldı. *Iustinianus* döneminde, *cretio* kaldırılıp, onun yerine şekle bağlı olmayan “*aditio*” işlemi kullanıma sokuldu. *Aditio*, açık bir kabul beyanını içeren, karmaşık olmayan bir işlemdi. İhtiyari mirasçılar, şekle bağlı olmayan basit bir beyanla mirastan feragat

---

<sup>510</sup> John Spencer Muirhead, *An Outline of...*, s. 212; Umur, **Ders Notları**, s. 532.

<sup>511</sup> Buckland, *The Main Institutions...*, s. 197-198; Günal, **a.g.m.**, s. 429-430; Roby, **Roman Private Law** (Volume I), s. 231-232; Di Marzo, **Roma Hukuku**, s. 556-557; Umur, **a.g.m.**, s. 163-164; Berki, **a.g.m.**, s. 558.

<sup>512</sup> Berki, **Roma Hukuku**, s. 192.

edebilirlerdi. Eğer *praetor, aditio* için düşünme süresi belirlemişse, bu süre içinde miras reddedilmemişse, süre bitiminde miras kabul edilmiş sayılırdı.<sup>513</sup>

Roma Miras Hukuku'nu dönemlere göre kısaca değerlendirmek uygun olacaktır. Klasik Öncesi dönemde mirasçının, mirasbırakanın maddi malvarlığına, borçlarına halef olurdu, hatta belli bir oranda şahsi haklara da halef olduğu düşünülürdü. Vasiyetle atanan mirasçı, kanuni mirasçı konumundaydı. Mirasbırakanın iradesine ve yaptığı vasiyete önem verilirdi. *Pater familias*, kanuni mirasçılardan birini mirastan mahrum edebilir, istediği bir erkeği ise, aile ocağını sürdürme yetkisiyle mirasçı atayabilirdi. Bunun sebebi, aile mamelekinin bölünmemesini temin etmektir. Klasik dönemde, bu katı kural esneklik kazandı, artık *pater familias*, nedensiz yere kanuni mirasçıları mirastan mahrum edemezdi. Bu durum, Roma Hukuku'nda mahfuz hisse kuramının temelini oluşturdu. Bu dönemde şekilci anlayışın esneklik kazanmasıyla birlikte, vasiyet yoluyla mirasçılık yanında, *praetor* mirasçılığı (*bonorum possessio*) uygulamaya girdi. İlk defa kan hısımlarına mirasçılık kazandırabilmek için uygulamaya konan *praetor* mirasçılığı, zamanla kanuni mirası destekler oldu. *Pater familias*'ın yetkileri kısıtlanınca, anne ve çocuk birbirlerinin mirasçısı olabildiler. *Iustinianus* hukukunda, çeşitli miras sistemleri birleştirildi. Mirasçının iradesine önem verilmesi ve vasiyet yoluyla mirasçılık devam etti. Bu dönemde *agnatio* hısımlığı kalkmış olduğundan, miras, kanbağına yani *cognatio* hısımlığına dayanır oldu.<sup>514</sup>

---

<sup>513</sup> John Spencer Muirhead, *An Outline of...*, s. 200-201; Umur, *Ders Notları*, s. 532; Berger, *a.g.e.*, s. 349; Buckland, *The Main Institutions...*, s. 196-197.

<sup>514</sup> Berki, *a.g.m.*, s. 542-543.

## SONUÇ

Roma Hukuku'nda, Roma'nın şehir - devlet olarak kuruluş tarihi olan M.Ö. 753 yılından itibaren ortaya çıkan birçok hukuki kurum, zaman içinde az ya da çok değişikliğe uğrayarak, günümüze kadar gelmiştir. Yine Roma Hukuku'ndaki bazı başka hukuki kurumlar ise, hiç değişikliğe uğramadan günümüze kadar uygulanagelmiştir. Böylelikle, Roma Hukuku'nun oluşturup, kendi içinde geliştirdiği birçok hukuki kurum evrensel nitelik kazanmıştır.

Roma Hukuku, şekilci bir hukuk olarak nitelenebilir. Roma Hukuku'nun tarihi dönemleri, Eski hukuk dönemi (M. Ö. 753 – M. Ö. 150), Klasik Öncesi hukuk dönemi (M. Ö. 150 – M. Ö. 27), Klasik hukuk dönemi (M. Ö. 27 – M. S. 250), Klasik Sonrası hukuk dönemi (M. S. 250 – M. S. 527) ve *Iustinianus* Dönemi (M. S. 527 - M. S.565) olarak bilinmektedir. Şekle sıkı sıkıya bağlılık, Roma Hukuku'nda yalnızca uygulandığı devreler içinde etkinliğini sürdürmüş, ilerleyen çağları ve başka medeniyetleri, Roma Hukuku'nda hakim olduğu ölçüde etkileyememiştir. Sıkı şekilcilik, daha çok Roma Hukuku'nun Eski hukuk dönemine ve Klasik Öncesi hukuk dönemine ait bir olgu olarak kalmıştır. Klasik dönemde de şekilci anlayış sürmüştür. Ancak Klasik dönemde, sıkı şekilcilikten uzaklaşma eğilimi hukuk sisteminde etkisini göstermeye başlamıştır.

Roma İmparatorluğu'nun, M.S. 395'te Doğu Roma ve Batı Roma olarak ikiye ayrılmasından sonra, Helenizmin etkisiyle sıkı şekil şartı esneklik kazanmış ve bunun sonucu olarak, o zamana kadar uygulanan sözlü şeklin yerini yazılı şekil almaya başlamıştır. Sınırların genişlemesi sonucunda yabancıların çoğalmasıyla birlikte, şekilci, katı, tutucu hükümler içeren hukuk sisteminde hakim olan anlayışın terk edilmesi ihtiyacı yoğunlaşmıştır. Başka bir deyişle, yabancılarla gelişen ilişkiler, beraberinde esnek şekilci arayışları getirmiştir.



Şekle sıkı sıkıya bağlılığın hukukun gelişimini engellediği zaman zaman fark edilse de, Roma Hukuku'nun uygulandığı bütün dönemlerde şekilcilik az çok benimsenmiştir. Eski katı anlayışa geriye dönüş gereksinimleri ise, özellikle *Iustinianus* zamanında sözlü şekillerin yeniden kullanıma sokulması vb. uygulamalarda görüldüğü üzere, Roma Hukuku'nda zaman zaman yeniden ortaya çıkmıştır.

Şekil kavramı Roma Hukuku'nda, “en eski norm” olma özelliğini taşımakla önem arz etmektedir. Günümüz hukukunda şekil kavramı, “kişilerin iradelerini açıklamak için kullandıkları yazılı, sözlü, vb. dış kalıplar” olarak tanımlanmaktadır. Şekil şartı, bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için, hukuk düzeni tarafından öngörülen şekle, ya da taraflarca kararlaştırılan şekle uyulması zorunluluğunu ifade etmektedir. Bunun tersi olan şekil serbestisi ise, hukuki işlemin geçerliliğinin şekle bağlı olmaması, yani sözlü, yazılı, resmi şekillerden herhangi biriyle söz konusu işlemin yapılabileceği anlamına gelmektedir. Yapılış tarzına göre şeklin türleri; adi yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil, resmi şekil, tescil, ilân ve sözlü şekildir. Şekil, amaçları bakımından ise ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, “geçerlilik şartı olarak şekil” ve “ispat şartı olarak şekil”dir. Geçerlilik şartı olarak şekil ise, “kanuni şekil” ve “iradi şekil” olarak ikiye ayrılır. Kanun, akitlerin geçerli olabilmesi için herhangi bir şekle uyulmasını zorunlu gördüğü hallerde, artık bu şekil “geçerlilik şartı”dır. Geçerlilik şartına ilişkin kurallar emredicidir. Geçerlilik şartı olan şekil iki türdür; birincisi kanunun öngördüğü şekil olan “kanuni şekil” diğeri de, kanunen şekle bağlanmamış bir hukuki işlemin tarafların öngördükleri şekilde yapılmasına olanak veren “iradi şekil”dir. İradi şekil, ancak kanunda söz konusu akit için özel bir şekil şartı öngörülmemişse kararlaştırılabilir yani kanunen öngörülen şeklin etkisinin taraflarca, kendi iradeleri doğrultusunda hafifletilmesi mümkün değildir. Tarafların iradelerince ya da kanunen öngörülen şekil, hukuki işlemlerin ispatını kolaylaştırmak için konmuş ise, buna “ispat şartı” denir. İspat şartı olarak şekil, maddi hukuka ait bir kural olmaktan çok, bir Usul Hukuku kuralıdır. Borçlar Kanunu'nun 11. ve 16. maddeleri arasında, “akitlerde şekil” konusu düzenlenmiştir. Şeklin, akde kesinlik sağlama, aleniyeti sağlama, irade beyanlarına ciddilik ve açıklık getirme, ispat kolaylığı sağlama, tarafları dikkatlice düşünmeye sevk etme vb. faydaları bulunur. Öte yandan şeklin, zaman kaybına neden olma, bazı durumların ispatını zorlaştırma, esas iradenin bazı formalitelere feda edilmesi vb. sakıncaları söz konusu olabilir.

*Ius civile* ve *ius gentium*, birbirine karşıt olarak nitelenebilen şekil anlayışına sahipti. *Ius civile*, Roma yurttaşlarının hukuku idi, değişime açık olmayan, sert hukuk kurallarından oluşuyordu. Nitekim *ius civile*'nin en belirgin özelliği şekilci ve tutucu oluşuydu. *Praetor urbanus* yanında, ilk kez M.Ö. 242 yılında göreve getirilen *praetor peregrinus* faaliyete geçince, Roma yurttaşlarıyla yabancılar arasında hukuki işlemler yapılmaya başlandı. Bu işlemler, yeni saptanan şekil özelliklerine uygun olarak geliştirilmişti. *Praetor peregrinus*'un hukuk yaratma faaliyetleri sonucunda, hem Roma yurttaşlarına hem de tüm yabancılara uygulanabilecek birçok yeni kuraldan oluşan yeni hukuk düzenine “*ius gentium* (kavimler hukuku)” dendi. Esnek şekil anlayışına sahip olan *ius gentium*, toplumun yeni ihtiyaçlarını karşılama özelliğine sahipti, genellikle ekonomik ilişkilerle ilgili kurallar getirmişti. Zaman içinde, Roma'nın sınırları genişledikçe ve yeni halklar üzerinde egemenlik kuruldukça, *ius gentium*'un düzenlediği hukuk alanı, *ius civile*'nin uygulama alanına girmeye başladı. M.S. 212 yılında imparator *Caracalla* tüm uyruklara Roma yurttaşlığı tanıyınca, artık bundan böyle *ius civile*, “tüm uyruklara uygulanan hukuk” olarak tanımlanır oldu. “*Ius civile*” olarak ismini koruyan bu hukuk, artık *ius gentium*'un birçok kuralını kapsamaktaydı.

Roma Hukuku alanında şekilciliğin en fazla hakim olduğu alan, Roma Usul Hukuku'dur. Roma Usul Hukuku'nda esasen iki ayrı usul ve icra sistemi görülür. Bu sistemler, “Özel yargılama sistemi (*Ordo iudiciorum privatorum*)” ve “Sistem dışı yargılama (*Cognitio extra ordinem*)”dır. Krallık dönemi (M.Ö. 753 – M.Ö. 509)'nin ortalarından başlayarak, M.S. 342 yılına kadar, Özel yargılama sistemi uygulanmıştı. Özel yargılama sisteminin uygulandığı dönemin ilk aşamasında “*Legis actiones* (kanuni davalar) usulü” uygulanmıştı. *Legis actiones* usulü, Krallık döneminin ortalarından, M.Ö. 17 yılına kadar uygulanmıştı. Özel yargılama sisteminin uygulandığı dönemde, *Principatus* dönemi (M.Ö. 27 – M.S. 235/ 284)'nin başından itibaren ise “*Formula* usulü” uygulanır olmuştu. *Formula* usulü, M.S. 342 yılına kadar uygulanmıştı. M.S. 294 yılından başlayarak yargı, yalnızca devlete ait bir faaliyet haline dönüşmüş ve Sistem dışı yargılama uygulanmaya başlanmıştı. Klasik Sonrası dönemde artık Sistem dışı yargılama, Özel yargılama sisteminin yerini almış, M.S. 342'den başlayarak *Iustinianus* döneminin sonuna kadar yani M.S. 565'e kadar uygulanmıştı. Bu usul sistemleri esasen belli bir tarihte birbirlerinin yerini almamışlar, geçiş sürecinde birlikte uygulanmışlardır. Özel yargılama sisteminde ilk uygulanan usul *Legis actiones*

usulüydü. Değiştirilemeyen ve mutlaka söylenmesi gereken kelimelerin yer aldığı belli kalıplardan oluşan *legis actio*'lar, gerçek anlamda birer dava değil ancak, davaların görülmesine yarayan, kalıp haline getirilmiş şekillerdi. Bunlar, kanunla tespit edilmişlerdi ve beş çeşitti. Her *legis actio*'da yapılması gereken işlemler ve kullanılması gereken sözler (formüller) farklıydı. Formüllerin seçimindeki hata, iddia sahibini dava olanağından yoksun bırakırdı. Şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmaları sebebiyle, davacının alacağından biraz fazlasını talep etmesi, davanın tamamen reddi ile sonuçlanırdı. Özel yargılama sisteminde uygulanan ikinci usul, *Formula* usulü idi. Roma devletinin doğu sınırlarının gelişmesiyle, Romalılar, Yunanlılarla karışmışlardı. Görünüşte Roma geleneğine bağlıydılar ancak artık *ius civile*'nin kutsal şekilciliğini terketmeye başlamışlar, insanlara eşitlik, huzur, refah sağlamayı amaçlayan Helenistik düşünce akımını benimsemişlerdi. Artık Roma Hukuku, hakkaniyetin ve adaletin gözetildiği mükemmel bir konumdaydı. Bu gelişmeyle birlikte, Usul Hukuku'nda sözlü dava şekilleri terk edilip, *formula*'lar benimsenmeye başladı. Artık *ius civile*'nin eski ve faydasız şekilleri kaldırılacaktı. Çünkü yalnızca Romalılar'ın yararlanabileceği dava şekillerine göre, bir yabancı'nın taraf olduğu uyuşmazlık çözülemezdi. *Formula*'lar ile, merasimli olanlar terk edilerek, eski dava şekilleri örnek alınmış, ancak bunlarda önemli değişiklikler yapılmıştı. *Formula*, özel hakim ve onun çözümleneceği uyuşmazlığı tespit eden *praetor*'lar tarafından belli şekilde düzenlenmiş, *talimat* niteliğindeki yazılı bir belgeydi. *Legis actio* beş tip idi ancak *formula* değişikendi, her dava için o davaya özgü yapılıyordu. Artık belli sözlerin kullanılması zorunluluğu bulunmuyordu. Yargıç, uyuşmazlığı *formula*'da saptanan esaslara ve şekle göre değerlendirmeliydi. *Formula* usulünde karar, şekle bağlı bir işlem değildi, önceleri sözlü olarak bildirilirken, sonraları ispat kolaylığı açısından yazılı vermeye başlandı. Özel yargılama sistemi, daha sonra yerini Sistem dışı yargılamaya bıraktı. Bu sonuncu yargılama sisteminde, yargıcın, *formula* gibi yazılı bir belge ile bağlı olmaksızın, davacının iddia konusunu dahi değiştirme olanağı vardı. Sistem dışı yargılamada, yargı makamı geniş takdir yetkisine sahipti. Bunun anlamı, sıkı şekil kurallarına olan bağlılığın iyice sona ermesiydi. Sistem dışı yargılamada da taraflar iddialarını ispat etmek zorundaydılar ve ispat gücü açısından, yazılı belgeler tanıklardan daha önemliydi. Usul, eskisi gibi tamamen sözlü değildi, örneğin; tarafların ve hakimin beyanı zapta geçirilmekteydi yani yazılı usul de uygulanıyordu. Kararın resmi olarak onaylanmış bir sureti, günümüzdeki ilâm gibi

tarafına verilirdi. Sistem dışı yargılamada yargıçlar özel durumlarda, “imparatorun yazılı cevabı”, “kısa muhakeme usulü”, “dini yargılama yetkisi” gibi bazı istisnai usulleri uygulama yoluna da gidebilirlerdi. Bu serbestlik, artık eskisi gibi şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalınmadığının göstergesiydi.

Roma Eşya Hukuku’nda, Klasik dönemde özellikle “*res mancipi*” sayılan malların üzerinde aynı hak tesisi ve bu mallar üzerindeki mülkiyet hakkının devredilebilmesi için, özel törenleri gerektiren, *mancipatio* ve *in iure cessio* denen hukuki işlemler öngörülmüştü. *Ius civile* mülkiyetinin devrini mümkün kılan *mancipatio* ve *in iure cessio*, şekle sıkı sıkıya bağlı olmaları dolayısıyla, zamanla Roma Hukuku’nda birer işlem olmaktan çok, birer şekil olarak yer etmişlerdi. *Mancipatio*, terazi ve külçe ile yapılan hayali bir satış işlemiydi. *In iure cessio*, *legis actio* şeklinde *praetor* önünde yapılan ve istihkak iddiasına dayanan, hayali bir dava tarzındaki devir şekliydi. *In iure cessio*’nun, *mancipatio*’dan en önemli farkı, *res nec mancipi*’lerin devrinin de *in iure cessio* ile mümkün olmasıydı. Roma Hukuku’nda *res mancipi* mallar ile ilgili olarak şekilcilik daha sıkı uygulanmıştı. Bunun sebebi, en eski zamanlarda mülkiyete konu olabilecek malların yalnızca *res mancipi*’ler olmasıydı. Roma vatandaşlarıyla yabancılar arasında her türlü malın mülkiyetinin devri ise şekle bağlı olmayan *traditio* ile sağlanmaktaydı.

Günümüz hukuk sisteminde, irade serbestisi ilkesinin akitlere yansımalarıyla, akit serbestisi (sözleşme özgürlüğü) ilkesi hakimdir. Buna göre, hukuka, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla tarafların rızalarının uyumu, akitlerin kurulması için yeterlidir. Roma Hukuku’nda ise, *ius civile*’nin sıkı şekilci anlayışı, tarafların rızalarının uyumunu, borç doğabilmesi ve akit oluşturulabilmesi için tek başına yeterli saymamıştır. Roma Borçlar Hukuku’nda bulunan akitler sisteminde, hukuki korumadan yararlanabilen sınırlı sayıda (*numerus clausus*) akit tipi bulunmaktaydı. Roma Hukuku’nda borç kaynaklarının en önemlisi olan akitler, tarafların iradelerin uyumuyla aralarında borç ilişkisi meydana getiren anlaşmalardı. Romalılar *contractus* deyimini, yalnızca *ius civile* tarafından tanınan, borç doğurucu yani dava ile takip edilebilen akitler için kullanıyorlardı. *Ius civile* tarafından tanınmamış ancak *praetor* hukuku tarafından tanınan, şekle bağlı olmayan diğer anlaşmalar için, “*pactum*” deyimini kullanıyorlardı. Roma Borçlar Hukuku’nda şekle bağlı akitler yazılı akitler ve

sözlü akitlerdi. Yazılı akitler hakkında günümüze fazla bilgi ulaşamamıştır. Bilinen yazılı akit türleri, senet ve vesika düzenlenmesi yoluyla yapılan *nomina transscripticia*, *chirographum* ile *syngrapha* ve *scriptura* idi. Roma Borçlar Hukuku'nda, Klasik devirde en önemli şekli akit, soru ve cevap ile yapılan “*stipulatio*” idi. Kanımızca, *stipulatio*'nun gelişimi, Roma Hukuku'nda şekil konusunun önemini mükemmel yansıtır. *Stipulatio* tek taraflı bir akitti yani bir kimsenin başkasına karşı herhangi bir hukuki işlem sebebiyle borçlanması, ancak karşı tarafın da, bunu kabulüyle mümkündü. Sözlü akit *stipulatio*, Roma Hukuku'nda şekle bağlı olan birçok kurumun temelinde yer almaktaydı. Günümüzde de şekil, ispat şart olmasının yanında, *stipulatio*'da olduğu gibi bir geçerlilik şartı olarak da karşımıza çıkar. Ancak günümüzde şekle bağlılık, *stipulatio*'nun kullanım alanlarında görüldüğü gibi, her anlaşmada aranan bir özellik değildir. *Stipulatio*'da manevi bir tema da sezilir. Çünkü o zamanlar din adamları hukuki işlere de bakıyorlardı ve *stipulatio*, bu din adamlarının önünde merasimle yapılıyordu. Dolayısıyla yaptığı taahhüt ile borçlu, hem hukuki, hemde dinsel açıdan bağlanıyordu. Taahhütte bulunan bir kimsenin borcu, *stipulatio*'da kullanılan sözlerle sınırlıydı. Şekil kuralları sıkı olarak uygulandığı oranda, yapılan hukuki işlemin etkili olduğu düşünülürdü. Bu koşullar altında, hukuki işlemde beklenen esas amaçla, şekil kurallarına sadık kalınarak meydana getirilen hukuki işlemle ulaşılan amaç, aynı doğrultuda olamazdı. Sonuncusuyla ulaşılan amaç eşitsizlik doğuruyordu. O zamana göre hukukun zorlayıcı etkisinden anlaşılan, rızaların uyuşması yani konsensüs değil, kelimelerin şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olarak kullanıldığı hukuki işlemler meydana getirmektir. Helenistik etki ve gelişen ticari hayatın gereksinimleri sonucunda, *stipulatio*, “*cautio*” ya da “*instrumentum*” denen yazılı şekildeki senetlerle sabitleştirilmeye başlanmıştı. Bu senetler, anlaşmanın kurulmasını sağlamıyordu, yani geçerlilik şartı değil, ispat vasıtasıydılar. Garanti amaçlı *cautio*'lar, günümüzdeki senet tanzimine kaynak teşkil etmişlerdir.

*Ius civile*'nin şekilci tarzı içinde, söz konusu şekillerin aslında basit olan, günlük konuşma dilinden seçilmiş kelimelerden oluşması ve çalışmalar sonucu bu basit şeklin mükemmel derecede gelişmiş bir form haline gelmesi ve kuralcılığa sadık kalmakla hedeflenen amaca ulaşılmış olması, dikkate değerdir. Şekilciliğe çok fazla bağlı kalan *stipulatio*'lar, akit olmaktan çok, akit metodu olma niteliğindedirler. Klasik devirden başlayarak, genellikle her tür anlaşma ve borçlanma, *stipulatio* şeklinde yapılmakla

geçerlilik kazandığından, *stipulatio* genel bir akit olma niteliğini kazanmıştı. *Ius civile* tarafından borç doğurucu nitelikte olduğu kabul edilmeyen tüm anlaşmalar, eğer *stipulatio* ile yapılırlarsa, artık geçerli bir borç ilişkisi doğduğu kabul edilirdi. Nitekim, borç vadeleri *stipulatio* ile yapılabilirdi, fer'i borç ilişkileri (faiz, cezai şart, kefalet vb.) *stipulatio* ile kurulabilirdi, *praetor stipulatio*'ları yapılıyordu, müteselsil borç ilişkisi *stipulatio* ile kurulabiliyordu. *Cautio* düzenlenmesi, *dos* vaadi, ayrıca yenileme (*novatio*), borcun nakli, alacağın temliki de *stipulatio* ile yapılan diğer hukuki işlemlerdi. *Iustinianus* döneminde, *stipulatio*'nun eski şekilci anlayışından uzaklaşıldı. Zaman içinde *stipulatio* kullanımdan kalktı, onun yerini yaygın olarak rızai akitler aldı.

Roma Aile Hukuku'nda, *pater familias* (aile babası) kavramı, aile (*familia*) kavramının önüne geçmişti. Roma ailesinin üyeleri, aile babası (*pater familias*) ve onun mutlak hakimiyeti (*patria potestas*) altında olan kimselerdir. Ailenin reisi olan *pater familias* yani aile babası, Roma ailesindeki tek *sui iuris* idi. Romanın ilk zamanlarında, her Roma ailesinin kendine özgü bir dini olduğundan, her aile babası, aynı zamanda evin baş rahibi sayılırdı. Aile reisinin hakimiyeti altında olan ve aile çatısı altında toplanan kimseler ise, *alieni iuris* olarak adlandırılırdı. *Alieni iuris*'ler, hak sahibi olamayan ve kendi hesaplarına iktisapta bulunamayan kimselerdi. Aile reisinin elinde bulundurduğu hakimiyet, hakimiyet altında bulunanlar açısından eş bir güçmüş gibi gözükse de aslen öyle değildi. *Patria potestas* aile babasına dört grup yetki sağlardı. Bunlar; yaşama ve ölüm kararı verme yetkisi, ailenin içindeki kendisine tâbi kişileri *mancipatio* ile satma yetkisi, dilediğinde aile evlatlarının evlenmesine ve boşanmasına karar verme yetkisi, hakimiyeti altında bulunan bir *alieni iuris*'i hakimiyetten çıkararak *sui iuris* durumuna getirmeye ilişkin işlem olan *emancipatio*'yu ya da evlat edinmeye ilişkin işlem olan *adoptio*'yu ve daha şekilci bir işlem olan *adrogiatio*'yu, ya da nesebin düzeltilmesine ilişkin işlem *legitimatio*'yu yapma yetkisi idi. *Manus* (*conventio in manum*), “kadının baba hakimiyeti altına alınması için yapılan hukuki işlem” olarak tanımlanıyordu. *Manus*'un ve evliliğin tesis ediliş şekilleri farklıydı; *manus*'u *usus*, evliliği *consensus* tesis ediyordu. *Manus*'un kurulması yani *conventio in manum*, üç şekilde yapılırdı; *confarreatio*, *coemptio* ve *usus*. Evlenmeyi diğer birlikteliklerden ayıran özellik olan, tarafların karı-koca olma niyetine sahip olmaları, evlenmek için karşılıklı rızalarının bulunduğuna işaretledi. *Confarreatio* ve *coemptio*, şekle bağlılık arz ederdi. *Confarreatio*, dini merasim ile yapılırdı. *Coemptio*'ya göre koca, kadını köle

durumuna düşmesine engel olacak belli kalıpta söylenen bazı sözlerle satın alırdı. Bu, *mancipatio*'ya benzer şekilde yapılan hayali bir satışı. Zaman içinde karı-kocanın rızalarını beyan etmeleri daha ön plana çıkmış olsa da, *coemptio*, Klasik dönemde başvurulan tek *conventio in manum* şekli idi. *Usus* ise şekle bağlılık arz etmezdi. Roma'da nişanlanma (*sponsalia*), günümüzdeki gibi evlenme vaadi idi, ailenin kurulmasında ilk adımdı. Roma'da Klasik Öncesi dönemde nişanlanma, şekle bağlı bir işlem olan *sponsio* ile yapılırdı. Aile babası, önceden kesin olarak belirlenmiş olan bir sorunun sorulması ve soruya uygun bir cevabın verilmesinden oluşan merasim (*sponsio*) ile, müstakbel kocaya ya da onun aile babasına, evlenme adına kızını vaadederd. Klasik dönemde, taraflar hazır bulunmasa da, müstakbel evlilik için rızalarının varlığı nişanlanma için yeterli görüldü. Beyanların şekle bağlı olmasına gerek duyulmuyordu. Klasik dönemde şekilsiz evlenmeler yapılmaya başlanmıştı. Hukuki alanda şekle bağlı işlemlere geniş yer veren Romalıların, *manus*'suz evliliği tanınması düşündürücüdür, ancak bu durum, Romalılar'ın, *manus*'suz evlenmeyi hukuki bir işlem olarak tanımayıp, adetler gereği hukuki bir sonuca bağlanan bir fiil olarak kabul etmiş olmalarıyla açıklanabilir. Boşanma, devamlı bir anlaşmanın belirlediği bir ilişki olan Roma evlilik kurumunun son bulmasıydı. Söz konusu anlaşmanın son bulmasıyla evlilik artık devam edemezdi çünkü *consensus* bozulmuş olurdu. *Manus*'lu evliliklerde, boşanma da şekle bağlı gerçekleşmeliydi. Roma Hukuku'nda o zamanlar, yapılan bir hukuki işlemin ortadan kaldırılması, o işlemin tersi olan işlemle mümkün olduğundan, *confarreatio* ile yapılan evlilik, bunun tersi olan *diffareatio* yöntemiyle son bulurdu. *Coemptio* ile yapılan evlilik, bunun tersi işlemlerden *remancipatio* ile ya da *emancipatio* ile son bulurdu. *Manus*'suz evliliklerde ise, şekle bağlı olmaksızın, yalnızca tarafların karşılıklı rızası evlenme akdi için yeterli olduğundan, boşanma da, şekil şartı olmaksızın, tarafların karşılıklı rızasıyla (*divortium*) ya da yalnızca bir tarafın rızasıyla (*repudium*) gerçekleşebilirdi. Roma'da, kadının tarafının evlilik dolayısıyla çoğalan ev masrafları için kocaya maddi katkıda bulunması olarak gelişen sosyal görev, *dos* verme ile icra ediliyordu. *Dos*, evlenme işlemi sırasında verilmekteydi. *Dos* vaadi ise nişanlanma sırasında yapılırdı. *Dos*'un tesisi *Iustinianus* dönemine kadar şekle bağlı olarak yapılırdı. Klasik dönemde başlıca üç şekilde *dos* tesis edilebilirdi; birincisi, *dos* konusu malın mülkiyetinin devriyle (*dotis datio*), ikincisi *dotis dictio* (*dos* vaadi) denen taahhüt işlemiyle, üçüncüsü miras yoluyla *dos* tesisiydi. *Dos*'u tesis eden kimse, *dos*'un koca

tarafından tamamen iktisap edilmesini önlemek için, ya da kocanın israfa bulunup tüm malvarlığını tüketmesi tehlikesine karşı, evlilik bozulduğu takdirde *dos*'un kendisine geri verilmesini temin eden bir *stipulatio* yaparsa, bu şekli anlaşma, *stipulatio* davası (*actio ex stipulatu*) doğurduğundan, kadının malıyla ilgili bir teminat (*cautio rei uxoriae*) niteliğindedir.

Roma Kişiler Hukuku'nda yapılan azat etme işlemleri (*manumissio*), şekil bakımından önemlidir. Roma Hukuku'nda insanlar, köleler ve özgürler olarak ikiye ayrılıyordu. Hak ehliyetine sahip olmanın ilk şartı özgür olmaktı. Köleler, özgür olmadıklarından, hak ehliyetleri yoktu, kişi sayılmazlardı. Özgürler ise, doğuştan özgürler (*ingenuus*) ve azatlı (*libertus*) olarak ikiye ayrılıyordu. Hak ehliyetinin diğer şartlarına sahipse, doğuştan özgür olanların hak ehliyetleri tamdı. Azat edilen köleler, kısıtlı hak ehliyetine kavuşurlardı. Azat etme *ius gentium*'dan kaynaklanmaktaydı. Bir efendi, ödüllendirme, itibar edinme vb. sebeplerle kölesini azat edebilirdi. Hıristiyanlık dinine göre de kölelik hoş görülmediğinden ve zamanla, kölelerin yaptığı işleri para karşılığında özgürler yapmaya başlayınca, kölelere ihtiyaç azaldığından, azat etme işlemlerinin teşvik edilmesi yoluna gidildi ve şekilci anlayış terk edilmeye başlandı. Ancak, *Iustinianus* zamanında bile şekilci anlayıştan tamamen vazgeçilemedi. Şekil koşullarına uygun olmayan bir beyanla yapılan azat etme işlemi geçerli kabul edilmemekteydi. Azat etme işlemlerinin bazıları *ius civile*'ye göre, bazıları *praetor* hukukuna göre sonuç doğururdu. *Ius civile*'ye göre yapılan “değnekle azat etme”, “sayım yoluyla azat etme”, “vasiyetname yoluyla azat etme”, “kilisede azat etme” işlemleri şekle bağlıydı. *Praetor* hukukuna göre yapılan “dostlar arasında azat etme”, “mektupla azat etme”, “sofrada azat etme” işlemleri ise şekle bağlılık arz etmiyorlardı.

Roma Miras Hukuku'nda “*successio*” kelimesi ise hem “halefiyet”, hem de “miras” anlamında kullanılırdı çünkü Roma Hukuku'nda en önemli külli halefiyet yolu miras idi. Mirasçının, ölen kişiye ait malvarlığındaki yer alan maddi ve gayrimaddi tüm malları ve alacakları külli olarak iktisabı söz konusu olduğundan, malvarlığı içindeki her değer ayrı ayrı devir işlemine tâbi olmazdı. Mirasçı, miras bırakanın tüm borçlarından ise kendi malvarlığının bütünüyle sorumlu hale gelirdi. Mirasçının, ölen kimseye malvarlığı ilişkileri yanında, aileye ait dini gelenek, ibadet ve törenler ile ilgili olarak da halef olması söz konusuydu. Roma Hukuku'nda, bir kimse Roma vatandaşı



olması ve *sui iuris* olması şartıyla, miras bırakan kimse (*de cuius*) sıfatına sahip olabilirdi. Vasiyetname yapılırken, vasiyette bulunan kimsenin “*testamenti factio*”ya, yani Roma vatandaşı olmayı, mamelek sahibi olmayı ve fiil ehliyetine sahip olmayı arayan vasiyet ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Kadınlar, imparator *Hadrianus* zamanından başlayarak, vasiyetname yapma yetkisine kavuştular. Yabancıların ve kölelerin, *de cuius* sıfatına sahip olmamaları nedeniyle, mirasçıları bulunamazdı. Bir kimsenin mirasçı sıfatına sahip olabilmesi için, yabancı olmaması, ömür boyu cezaya ya da ölüm cezasına mahkum edilmemiş olması gerekmektedir. Köleler ise mirasçı olabiliyorlardı. Mirasçılık sıfatına iki yolla sahip olunurdu: Birinci yolda, miras bırakan kimse, mirasçı atardı yani vasiyette bulunarak bir kimseye miras bırakırdı. Eğer ölenin vasiyette bulunması söz konusu olmamışsa, ikinci yol kullanılabilirdi ve buna göre *ab intestato* mirasçılık doğardı. *Ius civile*'ye göre, ölenin *agnatio* yoluyla en yakın hısımları olan kimse ya da kimseler, *ab intestato* mirasçılık gereği kanuni mirasçı sayılırlardı. Bu iki yoldan birincisi kullanılmışsa yani vasiyet yoluyla miras bırakılmışsa, artık ikinci yolun kullanılıp *ab intestato* mirasçı tayin edilmesi mümkün değildi. O halde Roma Hukuku'nda, günümüz hukukundan farklı olarak, vasiyet yoluyla mirasçılığın ve kanuni mirasçılığın bir arada bulunması söz konusu olamazdı. İmparatorluk döneminin başlarında, üçüncü bir yolla, da mirasçılık sıfatı kazanma mümkün hale gelmişti; ölen kimsenin vasiyetnamesinden layıkıyla yararlanamayanlar olursa, bu kimselere, vasiyetnameye aykırı olarak mirasçılık hakkı tanınabilmekteydi.

Şekle bağlı olarak yapılan *ius civile* vasiyetnamesi “*testamentum per aes et libram*”, vasiyet yoluyla miras bırakmanın temelini teşkil eden bir yöntemdi. Sonraki zamanda yapılan vasiyetname şekilleri, *testamentum per aes et libram*'dan türemişti. *Testamentum per aes at libram*'ın en önemli kısmı önceleri, alıcı (*familiae emptor*)'nın irade beyanı idi. İlerleyen zamanda *familiae emptor*'un malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı önemini yitirdi. *Familiae emptor*'un sıradan bir tanığa dönüşmesi sebebiyle, mirasçı atama yöntemine başvurulmaya başlandı. Önceleri vasiyetnamenin şartlarını *familiae emptor* yerine getirirken, bundan böyle bu görev, “*heres*” denen atanmış mirasçıya ait oldu. *Mancipatio* zaman içinde önemini yitirmeye başladı, şekil kurallarına uyulmaz oldu. Artık *testamentum per aes at libram*'ın önem kazanan bölümü vasiyetçinin irade beyanı olmuştu. Bu durumda bazı önlemler alma gereğini duyan *praetor*, *mancipatio*'yu formalite gereği yapılan bir işlem haline getirdi. Klasik

hukuk döneminde ortaya çıkan diğer bir vasiyetname türü olan *Praetor* vasiyetnamesi, *mancipatio* ile yapılmadığından dolayı önce şekil açısından eksik iken, vasiyetçinin iradesi doğrultusunda, sonradan *praetor* zilyetliği (*bonorum possessio*) tanınması ile fiilen geçerlilik kazanan vasiyetnameydi.

Roma Hukuku'nda her vasiyetnamenin içermesi gereken en önemli bölüm, vasiyetnamenin en başında olması gereken mirasçı atama ile ilgili olan bölümdü. Bir vasiyetnamedeki tüm diğer tasarrufların geçerli olabilmesi, söz konusu vasiyetnamede mirasçı atanmış olmasına bağlıydı. Roma Hukuku'nda, vasiyetçinin, aileyi ve ocağın ateşini kendisi gibi sürdürecektir güvenilir bir kimseyi mirasçı olarak atamayı amaç edinmesi sebebiyle, mirası ölenin iradesine göre belirlemek ilkeydi. Roma Hukuku'nda bir vasiyetnamenin içinde mirasçı atama dışında, muayyen mal vasiyeti ile ilgili hükümler de yer alabilirdi. Muayyen mal vasiyeti ile ölüme bağlı tasarrufta bulunan bir kimse, mirasçı atamamış olduğu bir kimseye belli bir malını ya da belli mallarını ya da bir hakkı bağışlayabilirdi. Belli sözler kullanılarak yapılan muayyen mal vasiyeti, ilk olarak *legatum* ve *fideicommissum* türünde yapılmaya başlanmıştı. Genellikle, *legatum* ile muayyen mal vasiyetinde bulunulamayan kişilere *fideicommissum* ile mal vasiyet edilirdi. *Fideicommissum*, *legatum*'un şekilciliğinden ve kısıtlamalarından yoksundu. Diğer muayyen mal vasiyeti türleri ise *praelegatum* ve ölüme bağlı hibe idi. Roma Hukuku'nda yer alan muayyen mal vasiyetleri, günümüz hukukunu da etkilemiş bir müessesedir. Nitekim günümüzde de muayyen mal vasiyeti yapma yoluna sık olarak başvurulmaktadır. *Iustinianus*, Miras Hukuku ile ilgili çalışmalar yapmış, kanuni mirasçılığı, sıkı şekilde kan hısımlığına bağlamıştı. Buna göre, bir üst sınıfta mirasçı bulunması halinde bir alt sınıftaki mirasçılar artık mirastan yararlanamazlardı. *Iustinianus*'un getirdiği, çocuğu olmayan dul kadına, terekenin dörtte birinin mülkiyeti verilmesine ilişkin düzenleme ise, günümüz Miras Hukuku'nu dolaylı olarak etkilemiştir.

Roma Hukuku'nda vasiyetnamenin açılması, sıkı şekil kurallarıyla düzenlenmişti. Zorunlu mirasçılar dışında kalan mirasçılara “*heredes extranei* (ihtiyari mirasçılar)” denirdi. Bunlar, miras konusu malları kullanarak ve tereke kapsamındaki bir borcu ödeyerek, yani, mirasçı olma niyetlerinin var olduğunu belli edecek şekilde davranarak (*pro herede gestio*), mirası kabul etmiş olurlardı ya da şekle bağlı bir işlem

olan *cretio* yaparak mirası kabul ederlerdi. *Cretio*, tanıklar önünde sözlü beyanda bulunularak yapılan bir işlemdi.

Roma Hukuku'nun kurumları göz önüne alındığında, şekilciliğin en yaygın olarak Roma Usul Hukuku'nda uygulanmış olduğu görülmektedir. Maddi hukuk söz konusu olduğunda ise şekil, ispat şartı olmaktan çok, hakkın doğumu için gereklilik göstermiş, yani daha çok geçerlilik şartı olarak şekil uygulanmış, çoğunlukla sözlü şekil ile hukuki işlemler yapılmıştır.

Şekli sıkı sıkıya bağlılık, kişilerin gerçek iradelerinin beyan edilmesinde belli sınırlamalar ve zorunluluklar içerdiğinden, günümüz uygulamalarında etkisini yitirmiştir. Sırf şekle uymamanın hak kaybına sebebiyet vermesi, hakkaniyet ilkesi bakımından sakıncalı görülmüştür. Günümüz Hukukunda, Roma Hukuku'ndakinin tam tersi olan, “şekil serbestisi” anlayışı geçerlidir ve şekil zorunluluklarının çoğunluğu, kişilerin iradelerinin tam anlaşılması, kişilerin sahip oldukları hakların kaybolmaması ve kanıtlanabilmesi amacına yöneliktir. Günümüz hukuk sistemleri bu sebeple, kanaatimize göre doğru yolu seçerek, şekli daha çok ispat şartı olarak öngörerek şekilciliği sınırlı hale getirme ve en aza indirme gayreti içine girmiştir.

Roma Hukuku'ndan günümüze şekilci uygulamalar göz önüne alındığında, Roma Hukuku'nun şekle verdiği önemin isabetli uygulamalarını da görmezden gelemeyiz. Günümüzde, Borçlar Hukuku'nda satış akdinde uygulanan zapta karşı tekeffül, senet düzenlenmesi, Medeni Hukuk içinde yer alan sicile tescil, evlat edinme, ad, soyad, kanbağına dayanan hısımlık, vasiyetname, muayyen mal vasiyetleri vb. kurumlar, Roma Hukuku'ndan günümüze intikal etmiş bu tür uygulamalara örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda belirtilen hususlardan yola çıkarak, Roma Hukuku'nun “şekilci” özelliğinin, günümüz hukukuna faydası olduğunu belirtmeliyiz. Roma Hukuku'nda şekle ilişkin olarak ortaya çıkan güçlükler, günümüz hukukunda şekil serbestisi anlayışına geçişin ve hakkaniyet ilkesinin gözetildiği uygulamaların yaygınlaşmasının önemli bir etkenidir. Roma Hukuku'nda şeklin geçirdiği evreler, günümüz hukukundaki şekil anlayışının temelini teşkil etmiştir.

## KAYNAKÇA

### GENEL ESERLER

Abdy, LL.D. J.T. **A Historical Sketch of Civil Procedure Among The Romans.** New York: William S. Hein & Co., Inc. Buffalo, 2004.

Akıntürk, Turgut. **Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku.** Cilt: 2. Dokuzuncu Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004.

Altaş, Hüseyin. **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi.** Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.

Ansay, Sabri Şakir. **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku.** 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

Arangio – Ruiz, V. **Istituzioni di Dritto Romano.** Napoli 1991.

Ataay, Aytakin. **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi.** Üçüncü bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.

Aybay, Aydın. **Borçlar Hukuku Dersleri.** Onbirinci bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

Ayiter, Kudret. **Klasik Roma Hukukunda “Dos”un Tesisi.** Ankara: A.Ü.H.F.Y., No:128, 1958.

Ayiter, Kudret. **Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku.** İkinci bası. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1963.

Barrow, Reginald H. **Romalılar.** Çev.: Ender Gürol. İstanbul: İz Yayıncılık, 2002.

- Baştuğ, İrfan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Manisa: Şafak Basım ve Yayınevi, 1984.
- Berger, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. Philadelphia: 1953.
- Berki, Ali Himmet. **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)**. İstanbul: Hikmet Yayınları, 1997.
- Berki, Şakir. **Roma Hukuku**. Ankara: 1949.
- Biondi, Biondo. **Contratto e Stipulatio**. Milano: 1953.
- Bonfante, Pietro. **Istituzioni di Dritto Romano**. Milano: Giuffrè Editore, 1987.
- Borkowski, Andrew and Paul du Plessis. **Textbook on Roman Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Brezzo, C. **La Mancipatio**. Roma: 1972.
- Buckland, William Warwick. **A Text - Book of Roman Law from Augustus to Justinian**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
- Buckland, William Warwick. **Elementary Principles of The Roman Private Law**. Buffalo, N.Y. : W. S. Hein & Co., 2003.
- Buckland, William Warwick. **The Main Institutions of Roman Private Law**. New York: The Macmillan Co., 1931.
- Buckland, William Warwick. **The Roman Law of Slavery**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Budak, Ali Cem. **Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı**. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009.

Burdick, W. L. **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law.**  
New York: 1938.

Couperus, Olga Tellegen. **A Short History of Roman Law.** Great Britain: 1993.

Cracknell, D.G. - Wilson, C. H. **Roman Law, Origins And Influence.** Great Britain:  
1990.

Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku.** Çev.: Ziya Umur. İkinci basım. İstanbul:  
İ.Ü.H.F.Y., 1959.

Dropsie, Moses A. **Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in The Event of  
Death.** Colorado: Rothman & Co., 1996.

Emiroğlu, Haluk. **Ius Gentium - Kavimler Hukuku.** İstanbul: Değişim Yayınları,  
2007.

Emiroğlu, Haluk. **Roma Hukukunda Kadının Durumu.** Ankara: 2003.

Erdoğan, Belgin. **Roma Eşya Hukuku.** Üçüncü basım. İstanbul: Der Yayınları, 2006.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler.** Dokuzuncu basım. İstanbul: Beta  
Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.

Gardner, Jane F. **Being A Roman Citizen.** New York: Routledge, 2005.

Gardner, Jane F. **Family and Familia in Roman Law and Life.** United States: Oxford  
University Press, 1998.

Girard, Paul Frédéric. **A Short History of Roman Law.** Translated by: Augustus Henry  
Frazer Lefroy and John Home Cameron. Toronto: Canada Law Book  
Co., 2000.

- Gordon, William. **Succession**. A Companion to Justinian's Institutes. Ed.: Ernest Metzger. New York: Cornell University Press, 1998.
- Greenidge, M. A. **The Legal Procedure of Cicero's Time**. London: Oxford University Press, 1901.
- Grubbs, Judith Evans. **Women And The Law In The Roman Empire**. New York: 2002.
- Guarino, Antonio. **Dritto Privato Romano**. Dodicesima Edizione. Napoli: 2001.
- Günel, A. Nadi. **Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio)**. Yayınlanmış Doçentlik Tezi. Ankara: 1999.
- Günel, A. Nadi. **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Sebebiyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1996.
- Günel, A. Nadi. **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Günel, A. Nadi ve Erkan Küçükgüngör. **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- Gürten, Kadir. **Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas)**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Hadley, James. **Introduction to Roman Law**. Colorado: Rothman & Co., 1996.
- Harris, William V. **The Roman Father's Power of Life and Death**. Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller. Ed.: Roger S. Bognall and William V. Harris. Netherlands: 1986.
- Harvey, M.A. W.F. **A Brief Digest of the Roman Law of Contracts**. Colorado: 1996.

- Hirş, Ernest. **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**. Üçüncü Tıpkı Basım. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Honig, Richard. **Roma Hukuku Dersleri**. Çev.: Şemseddin Talip. İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935.
- İnan, Ali Naim. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1984.
- Karadeniz – Çelebican, Özcan. **Roma Eşya Hukuku**. 3. Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- Karadeniz – Çelebican, Özcan. **Roma Hukuku**. Onikinci basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- Kaser, Max. **Das Römische Zivilprozessrecht**. München : C.H. Beck, 1996.
- Kaser, Max. **Ius Gentium**. Köln: 1993.
- Kaser, Max. **Roman Private Law**. Translated by: Rolf Dannenbring. Durban: Butterword & Co. Ltd., 1965.
- Kaşıkçı, Osman. **İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle**. İstanbul: Osmanlı Araştırma Vakfı Yayınları, No:16, 1997.
- Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Koç, Nevzat. **Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi**. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002.
- Koschaker, Paul. **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**. Çev.: Kudret Ayiter. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.



Kostakoğlu, Cengiz. **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.

Küçükgüngör, Erkan. **Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*)**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Küçükgüngör, Erkan. "Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat", **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**. Ankara, 1998.

Lee, R. W. **The Elements of Roman Law**. London: Sweet & Maxwell Limited, 1956.

Lombardi, Gabrio. **Ricerche In Tema di "Ius Gentium"**. Milano:1946.

MacCormack, Geoffrey – Robin Evans-Jones. **Obligations**. A Companion to Justinian's Institutes. Ed.: Ernest Metzger. New York: Cornell University Press, 1998.

Mantovani, Dario. **Le Formule Del Processo Privato Romano**. Milano, 1999.

Mayer-Maly, Theo. **Römisches Recht**. Wien; New York: Springer, 1999.

Muirhead, James. **Historical Introduction to the Private Law of Rome**. Third edition. London: A.& C. Black, Ltd., 1916.

Muirhead, John Spencer. **An Outline of Roman Law**. London: William Hodge and Company, Limited, 1947.

Nicholas, Barry. **An Introduction to Roman Law**. New York: Oxford University Press, 1975.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Üçüncü basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.

Oğuzoğlu, Cahit. **Roma Hukuku**. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1959.

- Okandan, Recai G. **Roma Âmme Hukuku**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944.
- Önen, Turgut. **Borçlar Hukuku**. Ankara: 1990.
- Özdemir, Gökçe Türkoğlu. **Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Özdemir, Gökçe Türkoğlu. **Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Özkan, Meral Sungurtekin ve Gökçe Türkoğlu Özdemir. **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamannın Esasları**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Paribeni, Roberto. **Roma Ailesi**. Çev.: Şemseddin Talip. İstanbul: A. İhsan Basımevi, 1935.
- Pastori, Franco. **Appunti in Tema di Sponsio e Stipulatio**. Milano: Giuffrè Editore, 1961.
- Pekcanitez, Hakan - Oğuz Atalay ve Muhammed Özekes. **Medeni Usul Hukuku**. 3. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Prichard, A. M. **Leage’s Roman Private Law**. London: MacMillan & Co. Ltd., 1964.
- Pugliese, Giovanni. **Istituzioni di Dritto Romano Sintesi**. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.
- Rado, Türkân. **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.

Rattigan, W.H. **Jural Relations; or The Roman Law of Persons As a Subject of Jural Relations: Being a Translation of The Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law.** London: 1884.

Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler.** Yirminci bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008.

Riccobono, Salvatore. **Stipulatio ed Instrumentum nel Diritto Giustiniano.** Palermo: 1964.

Roby, Henry John. **Roman Private Law.** Volume I. New Jersey: 2000.

Roby, Henry John. **Roman Private Law.** Volume II. New Jersey: 2000.

Sanfilippo, Cesare. **Istituzioni di Diritto Romano.** Decima Edizione. Rubbettino editore, 2002.

Savigny, Friedrich Karl Von. **Jural Relations. Translation of 'Vol. 2 of System des Heutigen Römischen Rechts'.** Çev.: W.H. Rattigan. London: Wildly & Sons, 1884.

Saymen, F. ve K. Halid Elbir. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler.** İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966.

Schulz, Fritz. **Classical Roman Law.** Oxford: Oxford Clarendon Press, 1969.

Schwarz, Andreas. **Borçlar Hukuku Dersleri.** Çev.: Bülent Davran. C.I. İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948.

Schwarz, Andreas. **Roma Hukuku Dersleri.** Çev.: Türkan Rado. C.1. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1963.

Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku.** İstanbul: Der Yayınları, 2000.

- Tahiroğlu, Bülent. **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**. İstanbul: Der Yayınları, 2001.
- Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Dersleri**. İstanbul: Der Yayınları, 2005.
- Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Meseleleri**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996.
- Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Usul Hukuku**. İstanbul: Der Yayınları, 1997.
- Talamanca, Mario. **Elementi di Dritto Privato Romano**. Milano: Giuffrè Editore, S.p.A, 2001.
- Tandoğan, Halûk. **Türk Mes'uliyet Hukuku**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Taşpınar, Sema. **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Tekinay, Selahattin S., Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop. **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Yedinci basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Treggiari, Susan. **Roman Marriage**. London: Oxford University Press: 2002.
- Tuğ, Adnan. **Türk Özel Hukukunda Şekil**. Konya: Mimoza Yayınları, 1994.
- Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. C.I. İstanbul: 1976.
- Umur, Ziya. **Roma Eşya Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984.

Ventura, Mişon. **Roma Hukuku**. C.1. İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1934

Villey, Michel. **Roma Hukuku Güncelliği**. Çev.: Bülent Tahiroğlu. İstanbul: Der Yayınları, 2000.

Voci, Pasquale. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quinta Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

Volterra, E. **Ricerche Interno Agli Sponsali in Diritto Romano**. Roma:1932.

Von Tuhr, Andreas. **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**. Cilt:1-2. Çeviren: Cevat Edege. Ankara: Yargıtay Yayınları, No.15, 1983.

Watson, Alan. **Roman Law & Comparative Law**. Athens : University of Georgia Press, 1991.

Watson, Alan. **Society and Legal Change**. Second edition. Philadelphia: Temple University Press, 2001.

Watson, Alan. **Sprit of Roman Law**. Athens: University of Georgia Press, 1995.

Watson, Alan. **The Law of Property in The Later Roman Republic**. Oxford: 1968.

Wieacker, F. **Römische Rechtsgeschichte**, Vol. I. München, 1988.

Wolff, Hans Julius. **Roman Law An Historical Introduction**. Oklahoma: 1951.

Zevkliler, Aydın. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.

Zimmerman, Reinhard. **The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civil Trial**. Capetown: 1992.

### MAKALELER

Berki, Şakir. “Roma’da Miras Hukuku”, **A.Ü.H.F.D.** 10, 1-4: 542-570, 1953.

Bierkan, Andrew T.- Sherman, Charles P. - Stocquart, Emile. “Marriage in Roman Law”, **The Yale Law Journal** 16, 5: 303-327, 1907.

Crook, John. “Succession in The Late Roman Republic”, **The Classical Law Review, New Series** 24, 2: 240-243,1974.

Fassberg, Celia Wasserstein. “Form and Formalism: A Case Study”, **American Journal of Comparative Law** 31, 627-650, 1983.

Fuller, Lon L. “Consideration and Form”, **Columbia Law Review** 41, 799-824, 1941.

Gardner, Jane F. “The Recovery of Dowry in Roman Law”, **The Classical Quarterly New Series** 35, 2: 449-453, 1985.

Gönenç, Fulya İlçin. “Roma Hukukunda Boşanma (*Divortium*)”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi** VII, 1-2: 645-654, Haziran 2003.

Günel, A. Nadi. “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İle Miras”, **A.Ü.H.F.D.** 44, 1-4: 425-442, 1995.

Karadeniz, Özcan. “Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, **A.Ü.H.F.D.** XXV, 3-4: 179-194, 1968.

- Kocourek, Albert. "The Formula Procedure of Roman Law", **Virginia Law Review** 8, 5: 337-355, 1922.
- Küçükgüngör, Erkan. "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", **A.Ü.H.F.D.** 45, 1-4: 505-531, 1996.
- MacCormack, Geoffrey. "Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis** 37, 1: 439-468, 1969.
- Montmorency, J.E.G. de. "The Registration of Marriage Under Mediaeval Roman Law", **Journal of the Society of Comparative Legislation, New Series** 14, 2: 390-399, 1914.
- Nicholas, Barry. "Verbal Forms in Roman Law", **Tulane Law Review**. 66: 1605-1613, 1991 – 1992.
- Oğuz, Arzu. "Roma Hukukunda Mülkiyetin Devir İşlemlerinden Biri Olan *Traditio*'nun Sebebe Bağlılığı (*Iusta Causa Traditionis*)", **A.Ü.H.F.D.** 47, 1-4: 49-84, 1998.
- Özdemir, Gökçe Türkoğlu. "Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması", **D.E.Ü.H.F.D.** 7, 1: 167-212, 2005.
- Öztek, Selçuk. "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, Törenden Şekle; Hususî Adaletten Devlet Adaletine", **İ.Ü.H.F.M.** 51, 1-4: 335-371, 1985.
- Paribeni, Roberto. "Roma Hukukunda Aile Kurumu", **İ.Ü.H.F.M.** 1,1:79-96, 1935.
- Phillipson, Gordon E. "Development of The Roman Law of Debt Security", **Stanford Law Review** 20, 6: 1230-1248, June 1968.
- Pugliese, Giovanni. "Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış", Çeviren: Ziya Umur, **İ.Ü.H.F.M.** XXII: 339-349, 1956.

- Radin, Max. "A Glimpse of Roman Law ", **The Classical Law Journal** 45, 2: 71-79, November 1949.
- Rado-Basman, Türkân. "Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri", **İ.Ü.H.F.M.**, VIII, 1-2: 530-544, 1942.
- Riccobono, Salvatore. "Outlines of The Evolution of Roman Law ", **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register** 74, 1: 1-19, November 1925.
- Saller, Richard P. "Roman Dowry and The Devolution of Property in the Principate", **The Classical Quarterly, New Series** 34, 1: 195-205, 1984.
- Schiller, A. Arthur. "Custom in Classical Roman Law", **Virginia Law Review** 24, 3: 268-282, January 1938.
- Selek, Hulûsi. "Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi", **İzmir Barosu Dergisi** 1-5: 214-232, 1936.
- Sherman, Gordon E. "Jus Gentium and International Law", **The American Journal of International Law** 12, 1: 56-63, January 1918.
- Somer, Pervin. "Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 2: 155-180, 2002.
- Tahiroğlu, Bülent. "Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri", **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası** Ayrı Bası XXXVIII, 1-4: 1-26, 1973.
- Türker, Erhan. "Akitlerde Şekil", **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi** VIII, 1: 243-259, 1972.
- Umur, Ziya. "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", **İ.Ü.H.F.M.** XXXI, 1-4: 159-195, 1966.



- Villers, Robert. "Roma Hukukunda Cumhuriyet Devri Sonuna Kadar, Kadının Hukuki Durumu", Çev.: Bülent Tahiroğlu, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası** Ayrı Bası XXXIX, 1-4: 1-19, 1974.
- Watson, Alan. "Artificiality, Reality and Roman Contract Law", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis** 57, 147: 147-156, 1989.
- Watson, Alan. "Evolution of Law: The Roman System of Contracts", **Law & History Review** 2, 1: 1-20, 1984.
- Watson, Alan. "Illogicality and Roman Law", **Isr. L. Rev** 7, 14: 14-24, 1972.
- Watson, Alan. "Roman Private Law and The *Leges Regiae*", **The Journal of Roman Studies** 62:100-105, 1972.
- Zimmermann, Reinhard. "*Stipulatio Poenae*", **The South African Law Journal** 104: 3 399-415, August 1987.
- Zulueta, Francis de. "The Recent Controversy About *Nexum*", **Law Quarterly Review** 29, 137: , 1913.

#### YARDIMCI KAYNAKLAR

- Karadeniz, Çelebican. "Aile (Roma Hukukunda)", **Türk Hukuk Ansiklopedisi** Cilt 1: 456-459, 1962.
- Gaius. Institutiones, 'Borçlar Kısmı'*. Çev.: Türkân Rado. İstanbul: Doğan Kardeş Yayınları A.Ş. Basımevi, 1953.
- Gaius. The Institutes of Gaius*. Edited by: W. M. Gordon – O. F. Robinson. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997.

*Iustinianus. The Digest of Justinian.* Edited by: Theodor Mommsen, Paul Krueger,  
Alan Watson. Philadelphia: Pennsylvania Press, 1985.

*Iustinianus. Institutiones.* Çev.: Ziya Umur. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.

### İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.jstor.org> e.t. 08/01/2009

<http://www.heinonline.org> e.t. 07/02/2009

<http://www.archive.org> e.t. 21/11/2008