

Dr. KUDRET AYİTER

Ankara Hukuk Fakültesi
Roma Hukuku Profesörü

Roma Hukuku Dersleri

AİLE HUKUKU

İkinci Bası



ROMA AİLE HUKUKU

Karım Nuşin'e sevgilerimle...

İLK BASKININ ÖNSÖZÜ

Bu kitap, beş senedenberi Ankara Hukuk Fakültesi birinci sınıfında okutmakta olduğum Roma Hukuku derslerinin Aile Hukukuna ait olan kısmını teşkil ediyor. Seneler geçtikçe, okutuldukça doğduğunu söyleyeceğim bu «Roma Hukuku Dersleri»'nden ilk olarak Aile Hukukunu neşretmemin sebebi bu sahadaki yeni fikirlerin diğer türkçe Roma Hukuku kitaplarında tamamen bulunmamasıdır. Son yirmi sene içinde Roma Aile Hukuku ile ilgili yeni vesikaların bulunması, mevcut eski vesikaların yeni bir ışık altında tetkik ve izahı, Roma Aile Hukuku sahasında birçok fikirlerin ortaya atılması (Volterra, Orestano, Kaser), elde mevcut Roma Hukuku kitaplarında Aile Hukuku kısımlarını birçok noktalarda değiştirmiştir. Senelerden beri talebelere, Roma Aile Hukukundaki yeni gelişmeleri anlattığımdan bilhassa bu kısım hakkında onlara ufak bir kitap temin etmek istedim. Kitabın talebe ihtiyacına uygun bir hacimde ve kısa olmasına bilhassa itina ettim.

Senelerce evvel asistanlığımı yaptığım Ord. Prof. Paul Koschaker, talebe kitaplarında dip notlardan sarfınazar edilmesini, kaideten kaynakları bildiren ve talebenin müracaat etmeyeceği, edemeyeceği dip notlarının yerine, alıp okuyabileceği tam kitapların tavsiye edilmesi gerektiğini müdafaa ederdi. 1950 senesinde «Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları» ders kitabını bu fikre uygun şekilde neşretmişti. Sonraları Profesör Türkân Rado, «Roma Hukuku Dersleri – Borçlar Hukuku» kitabını aynı şekilde neşretti. Bilhassa hukuk hakkında ilk fikirleri almakta olan birinci sınıf talebelerinde metin içine işlenmiş notların, okunmakta ve çalışmaktaki birliği bozduğunu fiilen gördüm. Diğer taraftan talebelerin tek kitapla derse hazırlanmalarını her fırsatta tavsiye ve telkin etmekteyim. Hiç olmazsa iki veya üç kitaptan aynı bahsi okuyan bir talebe değişik görüş tarzlarının kıymetini hisseder ve bir yüksek mektep talebesinin ictisap etmesi gereken geniş görüşü elde edebilir. Bunu, talebelerin Roma Aile Hukukunda da yapmalarını bilhassa isterdim. Meselâ Manus ve evlilik hakkında mevcut diğer fikirleri bilmeleri, mukayese etmeleri, çok faydalıdır. Bu itibarla, fakülte talebesi için, değişik fikri ifade eden veya

bir şeyi izah eden bir dip notundan ziyade, bütün bir bahsi başka bir kim-
senin yazısından okumanın fayda vereceğini sanıyorum. Bunun için ki-
tabın sonunda her kısma ait mevcut türkçe neşriyatı ve yabancı dil bi-
lenler için seçme birkaç yabancı eseri işaret eden bir bibliyografya ekle-
dim. Bu suretle bir taraftan yalnız bir tek fikre mukayeseli olarak işaret
eden dip notu yerine bütün bahsi gösteren daha geniş bir not temin edil-
miş, hem de talebenin kitaptan bahisleri çalışırken alâkasının dağıtılma-
ması temin edilmiş oldu. Sınıfta her zaman tekrarladığımı burada bir da-
ha söyleyeyim: Bu kitaptan başka hiç olmazsa başka bir Roma Aile Huku-
ku daha okumalıyız. Ancak o zaman mukayese etmesini öğreneceksiniz.
İlmî görüşlerinizdeki serbestiye bu yolla varabilirsiniz. Değişik görüş
tarzları arasında kendi şahsî kanaatinizin teşekkül etmesiyle bir şeyi öğ-
renebilirsiniz. Rotterdam'lı Erasmus'un dediği gibi, evvelâ iki fikir, iki
telâkki arasında tarafsız üçüncü bir «kuvvet» olmalısınız. Bu tarafsızlık
size düşünme imkânı verecek, kendiniz tartacak, değer hükmünüzü vere-
cek ve her şeyi daha iyi öğrenmiş olacaksınız.

Lâtince terimlerin öğrenilmesinde yardımcı büyük olan lâtince terimler
fihristi de kitaba ilâve edilmiştir.

*

**

Tarihi anlamak zannedildiği kadar kolay değildir. Geçmiş hâdiseleri,
düşünce tarzlarını bugüne göre tartmak ve bu günün gözü ile görmek bi-
ze tamamen yanlış bir netice verir. Meselâ asırlarca evvel bir din savaşı-
nda ölen bir insanın hareketini bugün basit ve yanlış bulabiliriz. Onun his-
sini, vecdini ve aşkı hissetmezsek onu anlayamayız. O insanın dünyasına
yeniden girmemiz, âdeta onun hayatını tekrar yaşyabilmemiz lâzımdır. Bu-
nun için, tanınmış Kudüslü Profesör Buber'in dediği gibi «Reel Hayale»
(Real phantasie) ihtiyaç vardır. Kendimizi eskiden cereyan eden hâdiselerin
içine nakledebilmemiz gerekir. Yoksa eski hâdiseleri ve telâkkileri bugünkü
görüşümüzle ölçmek, mukayeseli bir tetkik bile olmayıp, düpedüz bir hatadır.
Hukuk tarihinde de vaziyet böyledir. Talebenin bu görüşü elde etmesi lâzımdır
ve hukuk tarihi derslerinde talebe bu istikamette yetiştirilmelidir. Roma Aile
Hukuku kitabında bu eskiyi hissetme duygusunun canlanmasına bilhassa itina
ettim.

Roma Aile Hukuku talebe için başka bakımdan da faydalıdır. Roma
Aile Hukuku kendiliğinden teşekkül etmiş, kanuna pek az dayanan bir hukuk
nizamıdır. Köklerini Yunan – Roma medeniyetinden almakta olan bugünkü
liberal dünya iki temele dayanmaktadır: Hürriyet ve tabii bir nizam. Cemiyeti
tanzim etmek isteyenler tam aksine, kendi fikirlerine göre bir nizam kurmak
arzularıyla, düşündükleri tedbirlerle, kararlarla, mütemadiyen tabii oluşa

müdahale etmektedirler. Tabii olmayan bu nizamdaki fikirlerin ayakta kalabilmesi için bir müddet sonra yeni müdahalelere ihtiyaç duyulmakta, tedbirleri yenileri takip etmekte, fâsit bir daire teşekkül etmektedir. Bu ise bir «nizam» değildir. Bir nizam sayısız hâdise ve tesirle «kendiliğinden» teşekkül eder. Tabii bir şeydir. Bu nizamın sırrı hürriyette ve hukukta, diğer ifade ile, iradenin muhtariyetindedir. Bu, yalnız Hukukta değil, ekonomide ve her sahada böyledir. Son derece az kanun tanıyan Roma Aile Hukuku bu tabii nizami her müessesesinde belli eder. (Meselâ consensus'a dayanan evlilik, vesayet v.s.). Bu tabii nizama varması sebebiyle Roma Aile Hukuku on asırdan fazla bir zaman terütaze kalmıştır. Talebe bu bakımdan, Roma Aile Hukukundan bilhassa çok şey öğrenebilir.

Son olarak burada, bu kitabın çıkmasında bana fevkalâde yardım etmiş olan Asistan Yahya Zabunoğlu'na bilhassa teşekkür etmek isterim.

Ankara, 29 Nisan 1960

İKİNCİ BASKININ ÖNSÖZÜ

Kitabın ilk baskısı, henüz satışa çıktığı günlerde, kısmen yanmıştı. Bu bakımdan kalan nüshalar ihtiyaca kısa bir zaman cevap verebildi, mevcudu çabuk tükendi. Şimdiki yeni baskı, anlaşılması güç olan bazı yerlerin bir az genişletilmesi ve tashih edilmesi hariç, eskisinin eşidir. Bu baskıda bana yardım etmiş olan Roma Hukuku Asistanları Dr. Özcan Karadeniz ile Akın Düren'e teşekkür etmek isterim.

Ankara, 28 Aralık 1962

İÇİNDEKİLER

İlk baskının önsözü	V
İkinci baskının önsözü	IX

Giriş

§ 1. Roma Aile Hukuku	1
-----------------------------	---

I. Kısım

Evlilik Münasebeti

§ 2. Nişanlanma	5
§ 3. Evlenme	6
I. Umumi Esaslar	6
II. Evliliğin Hukuki Mahiyeti	6
III. Manus ve evlilik arasındaki fark	8
§ 4. Evlenme ehliyet şartları	9
I. Connubium	9
II. Pater Familias'ın rızası	10
III. Bülûğ	11
§ 5. Muteber olmayan evlilikler	11
I. Contubernium	11
II. Askerlerin evlenmeleri	12
III. Concubinatus	12
§ 6. Boşanma	13
§ 7. Manus	14
I. Manus'un mahiyeti	14
II. Manus'ta kocanın durumu	15
III. Evin masrafları	15
IV. Manus tesisi muameleleri	16
§ 8. Dos	17
I. Terim hakkında	17
II. Dos'un mahiyeti	18
III. Dos'un, tesis eden kimselere göre tefriki	19
A. Dos profecticia B. Dos Adventicia	19

II. Kısım

Roma Ailesinde Hakimiyet Münasebeti

§ 14 Patria Potestas	42
I. Mahiyeti	42
II. II. Patria Potestas'ın sebepleri	43
III. Ailenin mameleki (Mal varlığı)	43
IV. Filius Familias'ın hukuki muameleleri	44
§ 15. Patria Potestas'ın doğumu	45
I. Patria Potestas'ın kanundan doğumu	45
II. Patria Potestas'ın hukukî muamele ile tesisi	46
A. Arrogatio	46
B. Adoptio	48
III. Manus	50
§ 16. Patria Potestas'ın muhtevası	50

IV. Dos olarak verilen mallar	20
V. Dos'un miktarı	21
§ 9. Dos tesisinin şekilleri	22
I. Dos tesisi muameleleri	22
A. Datio dotis B. Promissio dotis-dictio dotis C. Legatum	
II. Dotis dictio	23
III. Promissio dotis	25
IV. Dotis datio	26
V. Zımni dos tesisi	28
§ 10. Dos eşyaların kullanılması	29
I. Dos eşyalar üzerinde mülkiyet hakkı	29
II. İustinianus Hukukunda dos eşyalarda mülkiyet hakkı	31
III. Bizans Hukukunda	31
IV. Dos eşyanın semereleri	32
§ 11. Dos'un iadesi	32
I. Umumi esaslar	32
II. Actio Rei Uxoriae	34
III. Koca'nın Retentio hakkı	35
IV. Aestimatio dotis	36
V. Pactum'lar	38
§ 12. Paraferna	39
I. Mahiyeti	39
II. Dos ve Paraferna'nın farkı	40
§ 13. Donatio ante nuptias	40
I. Mahiyeti	40
II. Donatio propter nuptias	41

I. Rei vindicatio hakkı	50
II. Ius vendendi	51
III. Hayat ve memet hakkı	52
IV. Nafaka talepleri	53
§ 17. Roma Ailesinin ikametgâhı	54
I. Domicilium mefhumu	54
II. Origo mefhumu	55
III. Filius Familias'ın ikametgâhı	56
IV. Domicilium ve Aile Hukuku	58
§ 18. Aile evlatlarının mameleki	58
I. Peculium'un mahiyeti	58
II. Peculium'un menşei ve tekâmülü	59
III. İmparatorluk zamanında Peculium	60
§ 19. Patria Potestas'ın sona ermesi	61
I. Umumiyetle	61
II. Ölüm veya capitis deminutio	62
III. Emancipatio	62
IV. Klâsikten sonraki hukukta değişme	64

III. Kısım

Vesayet ve Kayyımlık

§ 20. Vesayetin mahiyeti	66
I. Mahiyeti	66
II. Vesayetin ilk şekli	66
III. Himaye vazifesi	67
IV. Zamanla değişme	68
§ 21. Tutela ve Cura'nın neveleri	68
I. Vesayetin neveleri	69
A. Tutela impuberum B. Tutela mulierum	
II. Kayyımlığın neveleri	69
A. Cura minorum	69
B. Cura furiosi	70
C. Cura prodigi	70
§ 22. Eski Roma Hukukunda Tutela	70
I. Tutela legitima	70
II. Tutela fiduciaria	71
III. Vasinin salâhiyetleri	71
IV. Diğer Vesayet şekilleri	71
A. Tutela testamentaria	71
B. Tutela dativa	72
V. Vasinin mesuliyeti	72
A. Actio rationibus distrahendis	
B. Accusatio Suspecti tutoris	

§ 23. Cumhuriyet devrinden sonra vesayet	73
I. Vasinin tayin tarzı	73
II. Vasinin menfaati	73
III. Kadınlar üzerindeki vesayet	74
§ 24. Tutela İmpuberum	74
I. Mefhum	74
II. Tutela legitima ile tayin	74
III. Vasiyetname ile tayin	75
IV. Magistratus tarafından tayin	75
§ 25. Tutela İmpuberum'un idaresi	76
I. İdarenin tarzı	76
II. Mameleki idare mükellefiyeti	76
III. Vesayetin idaresinde usul	77
IV. Vasinin birden ziyade olması	78
V. Diğer vasiler	79
§ 26. Kaasırın vesayetten doğan talep hakları	
Vasinin mesuliyeti	79
I. Dolus ve Diligentia'dan dolayı mesuliyet	79
II. Mesuliyetle ilgili davalar	80
A. Accusatio suspecti tutoris	
B. Actio rationibus distrahendis	
C. Actio tutelae	
III. Mesuliyetin genişletilmesi	81
IV. Vasinin mukabil davası	82
§ 27. Üst vesayet olarak Amme vesayeti	82
I. Amme vesayeti	82
II. Cautio	82
III. İustinianus Hukukunda durum	82
§ 28. Tutela Mulierum	83
I. Mahiyeti, Tekâmülü	83
II. Tutela Legitima	83
III. Vasiyetname ile tayin edilen vasideki hususiyet	83
IV. Auctoritas mefhumu	84
V. Praetor tarafından tayin edilen vasi	84
§ 29. Cura	85
I. Mahiyeti	85
II. Cura'nın tatbikinde ölçü	85
III. Cura Minorum	86
IV. Hususi Cura neveleri	86
Müracaat edilebilecek kitaplar ve yazılar	88
Lâtince Terimler	90

GİRİŞ

§ 1. ROMA AİLE HUKUKU

Roma'da da, her hukukta olduğu gibi, Aile Hukuku aile fertleri arasındaki hukukî münasebeti tanzim eden Hukuktur. Roma'da Aile Hukuku kanunlarla tanzim edilmiş Hukuktan ziyade örf ve âdetle nizamlandırılmış hukuk şeklinde karşımıza çıkar. Esasen Romalılar kanunlarla tanzim edilmiş Hukuk nizamını pek aramamışlardır. Aile Hukuku sahasında ilk mühim tedvinin Augustus devrinde yapıldığı söylenebilir.

Familia terimi bugün anladığımız mânada Aileyi ifade eder. Ancak bu terim Roma'da biri geniş, diğeri dar mânada olmak üzere iki anlama gelmekteydi.

Geniş mânada (*Communi iure*) *Familia* müşterek bir ceddin gelen bütün kimselerin topluluğudur. Müşterek cede bağlılık erkek evlâtlara göre yani *Agnatio* sistemi ile tesbit edilirdi. Burada erkek evlâtların mutlaka kan hısımlı olmaları icabeder. Müşterek asıldan gelen bütün bu şahıslar topluluğu bir «*Gens*»'dir. Bir *Gens*'e mensup olanlar aynı soyadı (*Nomen gentilium*) muhafaza ederlerdi. Ancak *Gens*, bir arada yaşamazdı. Ailenin *Pater Familias*'ı öldükçe erkek evlâtlar sayısınca ailelere bölüne bölüne birçok ufak grup teşkil etmiş olurlardı ki işte dar mânada (*proprio iure*) *Familia* bu «küçük» ailelerin ismidir. *Familia*'nın bu ikinci mânasında bir *Pater Familias*'ın hükmü ve idaresi altında bulunan şahısların hey'eti umumiyesini anlarız. Bu şahıslar *Pater Familias*'a nesep bağı ile, yani geniş mânada *Familia* teriminden de anlaşıldığı gibi kan hısımlığı ile bağlı olabileceği gibi, bu bağ evlât edinme şeklinde sun'î bir şekilde de meydana getirilmiş olabilir. Roma Hukukunda *Pater Familias*'ın hükmü altında bulunan bu kimseler ilk devirlerde onun kölelerinden az farklı bir durumda idiler. *Pater Familias* onların hürriyetleri üzerinde tasarruf etmek hakkına malikti, onları satabirdi. Hattâ daha ileri gidebilir, hayatına da hükmedebilir, dilerse hâkimiyeti altındakileri öldürebilirdi. Çok eski devirlerde mevcut olan bu hak sonradan takyit edildi ve *Pater Familias*'ın hâkimiyeti altındaki kimseler üzerindeki hakkı daha çok mâmelek (mal varlığı) sahasına inhisar etti. Kadın üzerindeki *Manus* hâki-

miyeti de bu şekilde bir mâmelek hâkimiyetinden ibaret idi. Bu mânasında *Familia* «agnat»'ları içine alır.

Daha XII Levha Kanunu'ndanberi *Familia* bunun dışında bir mâna daha taşırdı: bu da bir şahsın bütün maddî mallarının hey'eti mecmuası idi. Bu mânada *Familia*, *Pater Familias*'ın mâmelekini gösterir. *Familia*'nın bu üçüncü mânası hattâ zamanla genişlemiş ve bir evdeki bütün hizmetkârları, köleleri ve köle gibi hizmet etmekle beraber ashnda hür olanların hey'eti mecmuasını ifade etmiştir.

Aile Hukukunda şahıslar arasında hâkimiyet münasebeti bahse konu olduğundan dolayı bu münasebete dahil olanlar eşit durumda değildirler. Şahsın hukuku, şahısların tek tek hukukî durumunu tesbit eder. Roma Hukukunda, bugünkü hukuklarda da olduğu gibi, aile hukukunda şahsın hukukî durumunu, fert olarak tesbit ve tanzim eden kısımlar yoktu. Vesayet ve Kayyımlik müesseselerinin aile hukuku çerçevesi içinde tetkiki bu bakımdan Roma Hukuku sistemine ait değildir. Esasen Roma Hukuku «Aile Hukuku» terimini bir hukuk branşı olarak kullanmamakta ve böyle bir tasnifi sarih şekilde tanımamaktadır.

Aile Hukukunda da tıpkı Borçlar Hukukunda olduğu gibi iki şahıs karşı karşıyadır. Borçlar Hukukunda bu iki şahıs arasında borç veya mes'uliyet ile ilgili bir münasebet vardır. Bu münasebette netice borcun ödenmemesi halinde mes'uliyetin kuvveden fiile çıkarılması ile borçlu alacaklının hâkimiyeti altına girer. Bunun dışında borçlar hukukunda bir hâkimiyet münasebeti göremeyiz. Aile Hukuku ise kaideten hâkimiyet münasebetine dayanır. Bu hâkimiyet *Pater Familias*'ın çocuklar üzerindeki hâkimiyeti, *Pater Familias*'ın hâkimiyeti yerine geçen Vasînin kâsır üzerindeki hâkimiyeti ve nihayet bâza hallerde kocanın *M a n u s*'a istinaden karısı üzerindeki hâkimiyetidir. Ashnda bu hâkimiyet münasebeti, az evvel işaret ettiğimiz gibi, zamanla mâmeleke ve bununla ilgili muamelelere inhisar eden bir hâkimiyet münasebeti halini aldığı için belki Roma hukukunun Aynı Haklar kısmında tetkik edilmesi daha uygun olurdu. Fakat Aileden doğan bu münasebet ötedenberi Aile Hukukunun konusu kalmakta devam etmiştir.

Modern kanunların hemen hepsinde Nişanlama ve Evlilikten sonra Evliliğin hükümlerini, evliliğin sona erişini, Evlilik mal rejimini ve nihayet nesep ve velâyetten sonra da vesâyeti ve kayyımhğı görüyoruz. Bu sistem doğrudan doğruya Roma Hukukundan gelmez. Orta Zaman Hukukundan ve Pandekt Hukukundan bugünkü kanunlarımıza dahil olmuştur. Romalılar onu bu şekilde sistemleştirmemekle beraber, bunun müesseselerin birbirleri ile olan irtibatı bakımından Roma'da da «hissedildiğinden» şüphe etmiyoruz. Esas hatları itibariyle, bir sistem olarak garb hukuklarına girmiş olan Roma Aile Hukukunun muhteva itibariyle onlara daha az tesir ettiği söylenebilir.

Garb Hukuklarında iz bıraktığı sahaların Rızâî nişanlanma, ve neticeleri, talep hakları; karı-koca arasında mal münasebetleri olduğu söylenebilir.

Roma Hukukunda bugün bildiğimiz mânada «aile hukuku» yoktu. Bu terimi hiçbir Roma hukukçusu kullanmadığı gibi, ne klâsik hukukta ne İustinianus hukukunda, ne daha sonraki Bizans hukukunda ve hattâ ne de Glosatörler devrinde «Aile Hukuku» tasnifi yapılmamaktadır. İlk defa Ferrara 1600 seneleri civarında bir «*Diritto di famiglia*»'dan bahsetmektedir. Roma Hukukçuları bugünkü aile hukukumuzun «mâmelek hukuku»'na ait olan kısımlarını «mallar» meyanında, diğer hükümlerini de Şahsın Hukuku bahsinde tetkik etmektedirler. Evlilik tabidir ki *Ius Civile*'ye ait bir müessese idi. Taraflardan birinin Roma vatandaşlığını kaybetmesi halinde evliliğin «*matrimonium ius gentius*» hudutları içinde devam edeceğine, fakat Roma «*ius civile*» sinin hükümleri dışında kalacağına şüphe yoktur.

Roma hukukunun 1200 sene kadar süren hayatı birçok bakımlardan devrelere taksim edilmektedir. Bu arada Roma'nın siyasî hayatına tevafuk eden taksim (Krallık devri – Cumhuriyet devri – Principatus devri – Dominatus devri) Roma âmme hukukunun tetkikinde faydalı ise de hususî hukukun tetkikinde başka bir ayırma yapmak icab eder. Çünkü Roma hukukunun umumî tekâmülü içinde anî değişiklikler görmediğimiz gibi siyasî değişimlere bağlanmış hususî hukuk tahavvülleri de görmemekteyiz. Vakıa siyasî sahadaki değişimler bâzan hususî hukuka da tesir etmiştir. Ezcümle *Lex İulia*'ları düşünmek kifayet eder. Ancak *Lex İulia*'lar bile tesirlerini tedricî olarak göstermiş ve bu tesir belki de menfî olmuştur (*Concubinitus*'un doğuşu ve inkişafı). Herhalde tedricen tekâmül eden Roma Hususî Hukukunu siyasî devirlere göre bölmek ve o hudutlar içinde tetkike çalışmak Roma hukukunun bünyesine uymamaktadır. Roma hususî hukuku kendi devirlerini, siyasî hâdiselerden mustakil yaratmış gibidir. (Schwarz S. 75 ve dev.) Bu devirler milâttan evvel 8 veya 9 ncü asırdan 3 ncü asrın sonuna kadar devam eden «eski hukuk devri», Cumhuriyetin son iki asrını içine alan «Klâsikten evvelki hukuk devri», Principatus devrinin başından milâttan sonra üçüncü asrın sonlarına - veya ikinci yarısının ortalarına - kadar devam eden «Klâsik devir» ve nihayet Klâsik devrin bittiği andan İustinianus müdevvenatına kadar süren «Klâsikten sonraki devir» dir. Biz aile hukukunu daha çok Klâsik devir içinde tetkik edeceğiz.

Klâsik Hukuk devrinin başı ve sonu hususunda daha tam bir anlaşmaya varılamamıştır. Teklif edilen muhtelif tarihler arasında Klâsik Hukukun Milât civarında veya biraz evvel başladığı, Milâttan sonra üçüncü asrın sonuna doğru bittiği umumiyetle kabul edilmektedir. Roma Hukukunun devirlerini birbirlerinden tamamen ayrı mütalâa etmek imkânı da yoktur. Zaten tarih araştırmalarında kesin hudutlandırma hatâli netice verir. Bunu tetkiklerimizin mevzuunu teşkil eden Aile Hukuku da göstermektedir. Tetkikleri-

mizde İustinianus Hukukunun nadiren ötesine geçilmiş ve Milâttan sonra 565'i takiben – dar mânada – Bizans Hukukuna az girilmiştir. Milâttan sonra 3 ncü asrın sonundan İustinianus'un ölüm tarihi olan 565'e kadar uzanan bu devreye «Klâsikten sonraki Hukuk» demeyi tercih ediyoruz. Bu devrin 395 senesinden sonraki kısmı aynı zamanda – geniş mânasında – Bizans Hukukunun da ilk kısmını teşkil eder. Çünkü Bizans Hukuku Doğu Roma İmparatorluğunun hukukudur. Daha İus'tinianus'tan evvel de Bizans Hukukunun ilk safhasına şahit olmak imkânı vardır. Bu itibarla kullandığımız Bizans Hukuku – ve onun yalnız bir safhasını teşkil eden – İustinianus Hukuku terimleri bahse konu olan müessesenin zaman ve karakter itibariyle mahiyetini de biraz ifade edecektir.

1. KISIM

EVLİLİK MÜNASEBETİ

§ 2. NİŞANLANMA

Ailenin kurulmasına ilk adım Nişanlanma ile atılır. Bu bir evlenme vâdidir. Roma'da nişanlanma – tıpkı evlenme – gibi şekle bağlı olmadan yapılırdı. Çok eski zamanlarda Romada, nişanlanma (*sponsalia*) şekle bağlı bir muamele ile yapılmıştır. Bu devirde nişanlanma daha çok kızın *Pater familias*'ı ile erkeğin *Pater familias*'ı arasında yapılan bir muameledir. Şekle bağlı muamele bir sual ve ona uygun bir cevaptan ibaretti. Bu muamele evlenmenin meydana gelmemesi halinde tazminat talebine hak verirdi.

Kaynaklar bize bu tarz nişanlanma örnekleri vermemektedir. Bizim tanıdığımız Nişanlanma yalnız tarafların rızasına dayanan ve başka bir şartı bulunmayan akittir. Bu nişanlanma bazı hallerde cezaî şarta, daha doğrusu pey akçesine bağlanmışsa da bu Roma hukukuna değil Yunan hukukuna dayanan bir müessese idi (*Arrha sponsalicia*). Nişanlanma için bir yaş haddi yoktu. Büluğ çağından evvel de nişanlanmak mümkündü, yeter ki taraflar yaptıkları aktin mahiyetini kavriyacak temyiz kudretine sahip olsunlar. Hiçbir şekle bağlı olmıyan bu nişanlanmada nişanın bozulması aynı yolda cereyan eden ve taraflardan birinin evlenme hakkındaki vaadini geri alması ile nişan sona ermiş olurdu. Nişanın bozulmasında verilmiş olan hediyelerin geri istenmesi her zaman mümkün değildi. Nişanlılardan birinin ölümü halinde hediyeler geri alınabilirdi. Daha doğrusu kızın erkeğe verdiği hediyeler tamamen geri alınır, erkeğin kıza verdiği hediyeler kısmen istirdat edilebilirdi. Bunun dışında evlenme, taraflardan birinin kusuru olmadan tahakkuk edememişse hediyeler yine geri alınabilirdi. Ancak, hediyeler evlenmenin tahakkuku için verilmiş hediyelerden ise bunların geri istenmesi caiz değildi. Burada, bu hediyelere bir nevi cezaî şart mahiyeti verildiğini görüyoruz.

Klâsik Roma Hukukunda nişanlanma, tıpkı evlenme gibi, yalnız tarafların rızasına istinad ederdi. Hâkimiyet hakkına sahip olanların hâkimiyetleri altındaki çocukları nişanladıkları olurdu. Fakat bu nişanlanma da, nişanlanmaların rızalarına muallaktı. Nişanlanma serbestçe bozulabilirdi.

Klâsik'ten sonraki devirde, M.S. IV. asırda Roma Hukukuna doğru cyâletlerinin hukukundan gelen «Arrha sponsalicia» dahil oldu. Klâsik hukukun yukarda anlattığımız durumu bu müessesenin Roma Hukukunda yerleşmesi için icap eden müsait zemini hazırlamıştı. Klâsik Hukuk devrinde kaynaklar daha «Arrha sponsalicia» dan bahsetmemekle beraber hediyelerin iade edilmemesinde «arrha» ya benzer bir hal vardır. «Arrha sponsalicia» bir cezai şart olarak nişanlanmaya bağlanır, nişanlanmanın bozulmasında geri istenemez veya vaziyete göre iki mislinin tediyesi talep edilebilirdi. Justinianus Kodifikasyonlarında Klâsik Roma Hukukuna ait nişanlanma hükümleriyle Arrha'ya ait olan hükümler bir arada karşımıza çıkmaktadır. Fakat Klâsik Hukukun hükümleri artık tatbik edilmiyordu.

§ 3. EVLENME

I— UMUMİ ESASLAR

Roma Evlenmesi daima monogam evliliktir. Çok kadınlı evliliğe dair Roma'da hiçbir iz görmüyoruz.

Roma evlenmesi şekle bağlı değildir. Rızâi bir akittir. Taraflar evlenmek hususundaki iradelerini ne şekilde ve nerede isterlerse beyan edebilirlerdi. Evlenme meydana gelmiş sayılırdı. Evlenmenin sona ermesi de aynı şekilde merasimsizdi. Karşılıklı iradelerin ortadan kalkması evlenmeye son verirdi. Evlenmek için iki iradenin birleşmesi yani iradelerde bir mutabakata varmak icap ettiği halde boşanmada Roma Hukuku bir tarafın diğerine boşanma iradesini beyan etmesini kâfi görmüştür. Artık diğer irade, yani boşanma beyanında bulunmayan iradesi karşılığını bulamıyan bir irade halinde kalmaktadır. Roma'da bu boşanma, «ripudium»'dur ve – ailedeki reislik durumu sebebiyle – kocaya tanınmıştır. Yalnız rızaya ve samimî bir irade beyanına dayanan bu evlenme zaten evli olan birisinin yeniden evlenmesi tehlikesini de önlerdi. İlk evliliğinin sona erdiği hakkında beyanda bulunmayan, yani evliliği sona erdirmiyen kimse, evlenme beyanında samimî olamazdı. Bu bakımdan ikinci evliliği mevcut değildi. Başka bir deyimle evlenmek hususundaki irade beyanının hukuku kıymeti yoktu.

Roma'da evliliğin *Manus*'lu ve *Manus*'suz olması şeklinde uzun zaman danberi yapılan tasnif doğru değildir. *Manus*, evlenen kadının mal durumudur. Nasıl bugün de muhtelif evlilik mal rejimleri mevcutsa ve biz bundan dolayı bugünkü evlilikleri mal rejimlerine göre ayırmıyor, evliliğin tek olduğunu ve mal rejimlerinin çeşitli olduğunu kabul ediyorsak Roma için de aynı şeyi kabul edebiliriz. Roma evliliği rızâi evliliktir. Hiçbir merasim tanımaz.

II— EVLİLİĞİN HUKUKİ MAHIYETİ

Roma'da evliliğin mevcut olup olmadığı «*ius civile*» hükümlerine göre ölçülür. *Ius Gentium*'da evliliğin bulunuşu, Roma'da evliliğin *ius gentium*

sahasına da teşmilini icabettirmez. Nitekim kaynaklarda da böyle bir şey görmüyoruz. Muteber bir evliliğin bulunup bulunmadığını «*ius civile*» de tetkik edeceğiz.

Evliliğin tarifini Modestinus bize veriyor:

«*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*». = Evlilik, erkek ve kadının ilâhî ve beşerî hukukta müşterek bir hayat içinde birleşmesidir.

Mânası hususunda senelerce münakaşa edilen bu metnin klâsik olduğunu hukukçu Albertario, ikna edici delillerle göstermiştir. «*Consortium omnis vitae*» nun «hayatın acıklı ve sevinçli her halinde beraber olmak» (*consortium rerum secundarum adversarumque*) mânasına geldiğini belirten müellif, «*divini et humani iuris communicatio*» kısmında bilhassa tevakkuf etmiştir. Roma'da evlenen kadın kocasının evinde yeni bir dinî camiaya da girmiş olurdu. Kocasının evindeki «*cultus*» a bağlanırdı. Diğer taraftan evli kadının kocasının içtimâî mevkiine ve hayatına iştirâk ettiğini de biliyoruz. «*Clarissimus*» kocanın karısı «*clarissima*» olur, «*consularis*» lâkabını kullanan kocanın karısı da «*consularis*» lâkabını alırdı. Buna Roma'da «kadının kocasının *dignitas*'ına iştirâki» denirdi. İşte Modestinus'un bize «*divini et humani iuris communicatio*» ile anlatmak istediği bunlardan ibarettir: «*Divini*» den anhyacağımız, kadının kocasının ev «*cultus*» una iştirâkî, «*humani*» den ise kocasının «*dignitas*»'ına tâbî olacağıdır. Burada «*duplex interpretatio*» nun klâsik bir misalini görüyoruz. Metin değiştirilmemiş, fakat klâsik hukukun ve İustinianus Hukukunun ona verdikleri mâna başka başka olmuştur.

Roma'da, evliliğin nasıl meydana geldiğini bize «*Consensus facit nuptias*» (= Evlenmeyi «*consensus*» meydana getirir) kaidesi gösteriyor. Klâsik Roma Hukukunda bu, devamlı *consensus* şeklinde anlaşılmiş, İustinianus Hukukunda ise aktin yapıldığı anda, başlangıçtaki *consensus* mânasına alınmıştır.

Corpus Iuris'teki hüküm: «Evliliği bir arada yaşamak (cinsî münasebet mânasında) değil, «*consensus*» meydana getirir» bize klâsik hukukun durumunu göstermektedir. Evlilik, evlenme niyeti ile tamamlanmış olur. Bu sübjektif unsura Roma Hukuku «*affectio maritalis*» diyor. Roma Hukuku bunun yanında bir de objektif vakıa (*honor matrimonii*) den bahsediyorsa da bu müstakil bir unsur olmayıp «*affectio maritalis*» in karinesidir. *Honor matrimonii* cemiyet içinde (*societas vitae*) karı koca olarak görünmektir. Böylece her «*consortium inter pares honestate personas*» “Denk (küfüv) ve dürüst olan kimseler arasındaki birleşme” her türlü merasimlerden sarfınazar evlilik addedilirdi. Şu kadar ki bu ancak «*consensus*» un bir karinesinden ibaretti. Evliliği meydana getiren yalnız bu niyetti. *Consensus*'un sona ermesiyle evlilik de sona erer, buna mukabil karı koca ayrı otursalar bile

«niyetin» devamı halinde evlilik sona ermezdi. «*Consensus*» un müstakil bir unsur olmadığı, bir arada yaşamaya ve *concubitus*'a müteveccih olduğu mülâhazası da varit görülmemektedir. «*Consensus*» un devamlı olması lâzımdı. Codex'te yalnız başlangıçtaki «*consensus*» a ehemmiyet atfeden metinler Iustinianus hukukunu ifade etmektedir. Muteber bir evliliğin hangi hallerde mevcut olduğunu araştırırken, Roma Hukukunda «*matrimonium iustum*» un – *connubium*'un mevcudiyeti gibi kanunî şartları bir tarafa bırakılırsa – «*consensus*» ile doğduğunu ve devamlı «*consensus*» ile devam ettiğini bilhassa tebarüz ettirmek istiyoruz.

III— MANUS VE EVLİLİK ARASINDAKİ FARK :

Umumiyetle Roma Hukukunda evliliği, *manus*'lu ve *manus*'suz evlilik diye ikiye ayırmak âdet olmuştur.

1940 senesinde Volterra, Manus ve evlilik arasında Roma Hukukunda hiçbir ilgi bulunmadığını ilk defa ortaya attığından bu yana mesele üzerinde çok durulmuş ve bu gün Volterra'nın fikirleri umumiyetle kabul edilmiştir. Volterra'nın görüşünü şu şekilde hulâsa edebiliriz: Roma Hukukunda evliliğin tek bir şekli vardı. O da tarafların *consensus*'una dayanan evlilikti. Manus gibi başka bir unsur bizatihi evlilik ile ilgi'li değildi. «*Conventio in manum*» kadının başka birisinin – bilhassa mâmelekî bakımından – ailesine girmesiydi. Buna bir nevi «*adoptio*» gözüyle bakabiliriz. Kadının evlenmeden de manus altına geçebileceğini bize Gaius İstit. II 139 söylemektedir:

«Evli bir kadın, daha evvel vasiyetname yapmış olan birinin manus'u altına geçince veya manus altında olan bir kadın evlenince, aynı hükümler tatbik edilir.»

«*Conventio in manum*» ile evliliğin ayrı ayrı şeyler olduğunu Gaius iki cihetten misaller vererek göstermektedir. *Coemptio*, Manus'un başkasına devredilmesi muamelesinden ibarettir. Evlilikle hiçbir alâkası yoktur. Bir «evlenme şekli» değildir. Aynı şekilde «*usus*», evliliği değil manus'u tesis eder. Evlilik daha evvel mevcuttur. Koca evinden üç gece ayrı kalmak (*trinoctium usurpandi gratia*), manus'un geçmemesini temin etmek içindir. Fakat bu üç gece esnasında evlilik devam eder. Nitekim Kadının koca evine dönmesi evlenmenin yenilenmesi değildir. Klâsik hukukta evlilikle beraber manus'un da geçmesi artık kaide olmadığı halde evlenmenin «*consensus*» a dayanan şeklinde herhangi bir değişme olmamıştır.

Volterra, Roma Hukukunda evliliğe, sırf *consensus*'a (veya diğer isimleriyle «*affectio maritalis*», «*mens coentium*») dayanması sebebiyle hukukî muamele değil, hukukî hâdise diyor. Eğer evliliğe «*cum manu*», «*sine manu*» vasfını vermiye kalkışırsak «*cum manu*» evlilik «hukukî bir muamele», diğeri ise «hukukî bir hadise» olur. Boşanmaların da aynı şekilde iki karakteri olur.

Halbuki *affectio maritalis*'in sona ermesiyle boşanmada kadın manus altında ise « *loco filiae*» veya « *loco neptis*» durumunu muhafaza ederdi. *Manus*'un ayrıca sona ermesi lâzımdı. Bu ise boşanmadan ayrı idi.

« *Deductio in domum*» (kocanın evine götürülme) da evliliğin birinci derecede mühim unsurlarından değildir. « *In domum deductio*» evliliğin başlangıcı şeklinde görülmediği gibi, « *copula carnalis*»'e (cinsî birleşme) ehemmiyet vermeyen Roma Hukukunda eski bir natüralistik evlenme telâkkisinin bakiyesine de benzememektedir *Deductio in domum*, tarafların evlenme hususundaki rızalarının lâhik olduğunun alâmetidir. Tıpkı *honor matrimonii* gibi bir karinedir. *Deductio in domum*, evliliğin başlamış olduğuna karine, *honor matrimonii* ise devam ettiğine karinedir. Kadın hâzır olmıyan bir erkekle, (mektupla) evlenebilir ve kocasının evine gidebilir; fakat kadın hazır olmadan yapılamaz. Bu da « *in domum deductio*» nun evlenmenin en mühim unsuru olmadığını gösterir. Kadın hâzır olmadan yapılamaması muamelenin mahiyeti icabıdır. Kadının koca evine gidebilmesi, veya götürülebilmesi için *consensus*'un daha evvel lâhik olması lâzımdır. « *Affectio maritalis*» olmadan koca evine gitmek evliliğe vücut vermediği halde, sırf *consensus* ile evlilik doğar. Şu kadar ki « *deductio..*» karinesi olmadan başladığını kimse bilemez. Evlenmenin bir unsuru olmamakla beraber sosyal bir icabıdır.

Evlilik Roma'da daima tekti. Manuslu veya manus'suz diye iki şekli yoktu. Kadının « *uxor in manum*» olması veya olmaması kocasının evinde iktisab edeceği hukukî durumla ilgiliydi. Fakat karı bu durumdan daima müstakildi. « *Dos*» da sadece evliliğe bağlı bir müessesedir. Manus'la ilgisi yoktur, sebepleri yahut menşei « *manus*» ile izah edilemez.

§ 4. EVLENME EHLİYET ŞARTLARI

I— CONNUBIUM

Roma İus Civile'sine göre evlenmenin muteber olması için bilhassa erkeğin evlenme aktedebilme ehliyetine sahip olması yani *Connubium*'u haiz olması lâzımdı. Roma vatandaşı olanlar bu ehliyete malik idi. Bu ehliyet ancak Roma vatandaşı olanlar arasındaki evlenmede mutlak olarak vardı. Fakat Roma vatandaşı olan bir erkek, Roma vatandaşı olmıyan bir kadınla evlenmek isterse *Connubium* bakımından hususî bir müsaade alması lâzımdı. Bu izin daha Klâsik Roma Hukuku devrinde kaideten elde edilebiliyordu. Çünkü Roma vatandaşı olmıyanlar çok artmış ve çok defa onlarla beraber oturan Roma vatandaşları bu türlü evlenmelere gittikçe daha çok tevessül etmişlerdir.

Roma Hukuku Akdeniz Havzasında o devir hukuklarının çoğundan ayrı olarak aynı asıldan gelen hısımlar (Usul – Furuğ hısımları) arasında evlenmeyi teviz etmemiştir. Klâsik devrin başında kardeş çocukları arasında evlenme-

ler teeviz edilmişti. Roma ailesi Agnatik olduğundan sıhrî hısımlık mefhumu büyük bir rol oynamazdı. Yalnız kaynana ve gelin ile *connubium* yoktu. Evlenme yasakları sahasında Klâsik Hukukun sonuna doğru durumun daha çok tahdide uğradığını görüyoruz. Corpus İuris Hukukunda evlenme tahditleri son derece fazladır. Huristiyanlık tesiri ile evlât edinme, vaftiz babası olma, evlenmeye mâni teşkil ettiği gibi hısımlık derecelerinden evlenmeye mâni olanlar daha da arttırılmıştı.

II— PATER FAMILIAS'IN RIZASI :

Tarafların *consensus*'una ve yalnız ona istinad eden bu evlenmede Pater *familias*'ın rızasına ihtiyaç var mıydı? Klâsik Hukukta, hâkimiyete tâbi olanların evlenmelerinde Pater *familias*'ın rızasına ihtiyaç bulunduğunu bize bazı metinler göstermektedir.

Her şeyden evvel Klâsikten evvelki devirde *patria potestas* altında olanların evlenmesinde Pater *familias*'ın rızasına ihtiyaç vardı. Bu rızanın erkek çocuklar için lüzumlu olduğunu da ilâve etmeliyim. *Filius familias* için sarîh, *filia familias* için zımmi muvafakatten bahsediliyor. Bütün bu hükümler, «rızaları» alınacak Pater *familias* veya *Parents*'den bahsetmektedir. Fakat evlenenlerin rızası ayrıca alınacaktır. Evlenme, evlenenlerin rızası ile tekemmül eder. Bugünkü hukukumuzda da reşit olmanın evlenmesinde baba ve annenin muvafakatı mevzuubahistir. Fakat evlenmeye gene tarafların iradesi vücut verir. Roma Hukukunda da durum aynen böyleydi.

Kaldı ki Klâsik Hukukta fiilî vaziyet çok başka idi. Milâttan evvel 18 senesinde Augustus'un «*Lex İulia de maritandis ordinibus*» u bir taraftan evlenme mecburiyetini vaz etmiş, diğer taraftan evlenmek isteyenlere “sebepsiz yere” rızasını bildirmiyen Pater *familias*'ı rızasını vermeğe icbar imkânını bahşetmiştir.

Lex İulia'nın otuz beşinci maddesine göre *potestas*'ı altındaki çocuklarının kocaya varmalarına veya karı almalarına haksız surette mani olan veya İmparator Severus ve Antoninus'un *constitutio*'suna göre vermeleri icabeden *dos*'u vermek istemiyen babalar proconsul'ler veya vilayetlerde praesides'ler tarafından evlendirmeye ve *dos* vermeye icbar edilebilir.

Burada iki mesele bahse konu olmaktadır:

- 1 — Pater *familias*'ın evlenmelerdeki rızası meselesi, ve
- 2 — Pater *familias*'ın *dos* verme mükellefiyeti.

İkinci meseleyi aşağıda inceliyeceğiz. Burada yalnız Pater *Familias*'ın rızası üzerinde duralım:

Lex İulia'nın Pater *Familias*'ın rızası hakkındaki hükmünün umumiyetle yalnız kız çocuk ve kız toruna şamil olduğu kabul edilmektedir. *Lex*

Julia'nın proconsul'den izin almak hakkındaki hükmü yalnız kızlara aitti. Erkeklerin bu izni istihsal etmelerine imkân yoktu. Ailenin, *patria potestas*'ın devamı, erkek çocuğun evlenmesine bağlıydı. Bu hususlarda *Pater familias*'ın hükmü mutlaktı. Fakat *Pater familias*'ın rızası «evlenme aktini meydana getiren» rıza değildir. İlk zamanlarda belki *patria potestas* bu rızayı ihtiva etmişti. Fakat kızın rızası çok eski zamanlardanberi *Pater familias*'ın bu husustaki arzusunun yerini tutmuş olmalıdır. Herhalde klâsik hukukta kızın rızası evlenmeye vücut verirdi. Bir taraftan evlilik için muamele ehliyetinin bulunması mecburiyeti, reşit olmıyanın ve akıl hastasının evlenemeyeceği hükümleri dururken, diğer taraftan rızası alınmadan evlendirilen *filia familias*'tan bahsetmeğe imkân var mıdır? *Lex Julia*'nın – hattâ dullar için – evlenme mecburiyeti vaz ettiğini biliyoruz. Aynı kanunun az evvel gördüğümüz hükmü kıza babasının rızası hilâfına evlenmek imkânını da veriyordu: Evlenme mükellefiyeti sebebiyle praetor'un kızın talebini kolay kolay red edemeyeceği muhakkaktı. Vaziyet kâfi miktarda sarihtir: Klâsik Hukuk devrinde kız evlenme hürriyetini tamamen elde etmişti.

III – BÜLÜĞ

Evlenme ehliyetinin sonuncu unsuru bülûğ meselesidir. Roma Hukukunda bütün Klâsik Hukuk devri müddetince bu mesele ihtilâflı kalmıştır. Bilindiği gibi Roma'da iki ayrı Hukuk mektebi pek çok hususlarda anlaşamamıştı. Bunlardan Proculianus mektebi daha çok müterakki fikirleri temsil etmekte, Sabianus mektebi daha çok örfe ve an'aneye bağlı kalmakta idi. Ötedenberi Roma'da bülûğ, vücudun görünüşü ve fizik inkişaf ile tesbit edilirdi. Sabianus mektebi bu usûle her zaman bağlı kalmak istemiş, Proculianus mektebi ise zamanla yerleşmiş bir usûle uyarak ondört yaşını bülûğ için esas kabul etmek istemiştir. Proculianus'ların fikri zamanla galebe çaldı, yalnız bülûğ yaşı olarak erkek için ondört ve kızlar için 12 kabul edildi. Bu hüküm Corpus İuris'e bu hali ile girmiştir.

§ 5. MUTEBER OLMİYAN EVLİLİKLER

I – CONTUBERNIUM

«*Consistere non possunt*» (mümkün olmıyan) evlilik hallerinin kaynaklarda karşımıza çıkan şekli, köle ile hür arasındaki birleşmedir. Buna *matrimonium* değil *contubernium* denmektedir. Bir tarafın köle olması kifayet ederdi (D. 16, 3, 27).

Tatbikatta çok rastlanan bu birleşmeler evlilik değildi. Gerek *contubernium*'da, gerek köleler arasındaki birleşmelerde hürriyetin iktisabı ile «evlilik» normal bir evlilik haline gelir.

II— ASKERLERİN EVLENMELERİ:

İus Civile'ye göre sonradan muteber hale gelen evlilikler bahsinde or-
duda hizmetleri sona eren askerlerin (*veteranus, milites veterani*) evliliklerini
görürüz. *Cives* olmyan askerler, fiili hizmetleri devam ettiği müddetçe
evlenemezlerdi. Terhis edildiklerinde hem Roma vatandaşı olurlar, hem de
diledikleri bir «*peregrina*» ile evlenmelerini temin eden «*connubium*» hakkını
elde ederlerdi. İmparator emirnameleri terhis olan askerlere, zaten beraber
yaşadıkları kadınlarla evlenmek hakkını da çok defa tanıdığı gibi bu birleşme-
den daha evvel doğmuş olan çocukların nesebi de tashih edilirdi. Gaius İns-
titutiones I, 57 de her ne kadar yalnız terhislerinden sonra ilk evlendikleri
kadından bahsetmekteyse de elimizdeki papyrus'lar daha evvelden beri bir
arada yaşadıkları kadınlarla evliliklerinin muteber hale geldiğini söylemekte-
dir. Terhisten evvel, bu birleşmeler muteber bir evlilik olmadığı için, *dos*
almaları da bahse konu olamazdı. Beraber yaşadığı kadından, *dos*'un yerini
tutacak olan şeyi «*depositum*» ismi altında alan asker, *dos*'un kocaya verdiği
imkânları elde edemezdi. Her şeyden evvel verilen bu eşyanın mülkiyeti
kendisine ait değildi. Mülkiyet hakkını elde edebilmesi için malların kendisine
hibe edilmesi lâzımdı. Bu birleşmeler «*matrimonium iustum*» olmadığı için
karı koca arasındaki hibe memnuniyetleri de bahse konu olamazdı. Fakat
kadın ancak «*depositum*» ile, verdiklerini bir gün geri alabilmek imkânını
muhafaza ederdi.

M.S. 212 senesinde Caracalla'nın «İus Civile» yi bütün tebaaya teş-
miline kadar «*connubium*» eski ehemmiyetini muhafaza etmiştir. *Constitu-
tio Antoniniana*'dan sonra bütün evlilikler «*iustum matrimonium*» oldu.

III— CONCUBİNATUS:

«*Consistere non possunt*» evliliklerin birisi, daha doğrusu evlilik adde-
dilmeyen birleşmelerden biri «*Concubinatus*» idi. *Concubinatus*, daima mono-
gam kalmış olan Roma Hukukunda, evliliğin yanı başında ikinci bir evlenme
şekli gibi görünür. *Concubinatus* klâsik hukuk devrinde bilhassa revaçta idi.
Hıristiyanlığın hâkim olduğu asırlara kadar ahlâken kötü telâkki edilmediğini
de göz önünde tutmak icab eder. *Concubinatus*, «*Lex İulia de maritandis
ordinibus*» a göre «*ordinibus*» (sınıflar) dışında olan kadınlarla *honor mat-
rimonii* olmadan kurulmuş ailelerdi. Aynı zamana ait olan «*Lex İulia de adul-
teriis*» yalnız zina'yı değil, evli olmyan, hürmete lâyık kadınlarla cinsî münâ-
sebeti de menetmiş, bunun «*stuprum*» suçunu teşkil edeceğini tesbit etmiştir.
Concubinatus ise «*stuprum*» teşkil etmiyen birleşmelerdi. Bilhassa «*liber-
tinus*» (veya «*libertina*») ile bir aile kurulmak istendiğinde *concubinatus* şekli
kullanılırdı. Bu birleşmede kadına «*uxor*» veya «*mulier*» değil, «*amica*»
denirdi. Birçok imparatorların bu şekilde aileler kurduklarını biliyoruz (Ez-
cümle, Vespasianus, Marcus Aurelius). Fakat bütün klâsik hukuk devri es-

nasında *concubinatus* hukuk dışında kalmıştır. Romalılar evlilikle evlilik olmayan şey arasındaki büyük ayrılığı hiçbir zaman tahfif etmek istememişlerdir. Diğer taraftan *concubinatus* halinde yaşayanlar evli olmadıkları için Lex Cincia ve Senatus Consultum Vellaeorum'un hükümleri dışında kalıyorlardı. Aralarındaki mal münasebetlerini serbestçe tanzim edebilirlerdi. Pek tabii olarak bu türlü «ailelerin» de iktisadî bünyesi, tarafların «aile» ye getirdikleri eşyalarla ilgiliydi. Kadının erkeğe verdiği «*quasi dos*» hiçbir zaman tam bir *dos* haline gelemeydi. Çünkü *concubinatus* halinde yaşayanlarda *consensus* Lex İulia sebebiyle muteber değildi. İustinianus Hukukunda – hattâ ondan daha evvel Codex Theodosianus da – *Concubinatus*'un evliliğe yaklaşması hep doğan çocukların nesebi veya tarafların yaşı gibi hususlardandır. Bütün bu hükümler arasında tarafların mal rejimini tanzim eden, veya *dos*'a temas eden hiçbir şey görmüyoruz. *Concubinatus*, M.S. 739 – 740'dan sonra şekilsiz bir evlenme addedilmiştir.

§ 6. BOŞANMA

Tarafların iradelerinden başka hiçbir şeye dayanmayan Roma evliliği «*affectio maritalis*» in sona ermesiyle biterdi. Boşanmanın bir akitle takyidi veya cezaî şarta bağlanmasına bile imkân yoktu. Hıristiyanlığın tesiriyle boşanmayı tahdit etmek temayülleri hiçbir şekilde muvaffak olmayıp, bu tahditler İustinus II zamanında (M.S. 566) tamamen ilga edilmişlerdir. Bu da Roma Hukukunda hâkim olan «rızaî boşanma» nın halk arasında ne kadar yerleşmiş olduğunu gösterir. Klâsik Roma Hukukunda boşanma kanun tarafından serbest bırakılmış yalnız Ethik tarafından tahdide çalışılmıştır. Bizans Hukukunda Kanun boşanmayı men'etmiş – ve güçleştirmiş – fakat Ethik mevcudiyetini kabul etmiştir.

Müesseselerin istikrarını, kanunlara bağlı olmaları veya olmamaları bakımından ölçmeğe kalkışmamalıyız. Klâsik Hukuk devrinin «*manus*»'suz ve yalnız «*consensus*» a dayanan evliliği Roma Hukukunun en müstakar müesseselerindendi. Bu evlilik, yalnız Klâsikten sonraki devirde ayakta durmakla kalmamış Bizans İmparatoru Leon VI tarafından dinî evlenmenin kabulüne kadar, ve hiç şüphesiz 1000 ilâ 1200 seneden fazla, tatbik edilmiştir. Garpte de dinî evlenmenin kabulü orta zamana düşer. Romalılar ailelerine bağlı meseleleri âdetâ hukukun dışında bırakmayı tercih etmişlerdir. Elimizdeki hukukî metinlerin içinden «aile hukukuna» ait olan bütün hükümleri toplasak Roma ailesinin-peki az olan bu hukukî metinlerin – ötesinde ve dışında olduğu görülür. Romalıya göre aile fiilî bir şeydi. Aynı telâkki ile *Concubinatus*, zamanla hakikî bir evlilik addedilmiştir. Roma'da «aile» ne kadar patriarkal ve disiplinli ise «evlilik» de tam aksine mutlak bir hürriyet idi. Her iki taraf da istediği gibi, hiçbir sebep beyan etmeden, tek taraflı bir beyanla

boşanabilir ve tarafların «evlenelim» şeklindeki rızaları birleşince, – ikinci derecede ve her türlü resmiyetten uzak aile muhiti içinde kalan bâzı merasimlerden sarfinazar – evlenebilirdi.

Evlilik hakkındaki tedvinlerin ne kadar geç olduğu ve kısmî kaldığına bakmak, evliliğin hukukî nizamdan ziyade sosyal nizamda kaldığını anlamak için yeter. Kanunî hükümlerin hepsi Augustus zamanına aittir.

§ 7. MANUS

I— MANUS'UN MAHİYETİ

Manus müessesesi son derece eskidir ve bütün milletlerin hukuk tarihinde önemli bir yer tutar. Roma'da evlilik manus'tan ayrıldığı halde başka milletlerde durum daima böyle değildi. Manus'un evlilikle tamamen kaynaştığı milletlerde onun bir «evlenme şekli» olarak mütalâa edilmesi lâzımdır.

Roma'da XII levha kanunları (M.E. 451 – 449) Manus'tan bahsediyor. Kadının kendi ailesinden kocasının ailesine geçişi umumiyetle evlenmekle ilgili olduğundan burada da manus ve evlilik bir arada ele alınmaktadır. Fakat XII Levha Kanunu – daha o zamanlarda bile – bir de «manus'suz» evliliğin bulunduğunu söylüyor. Buna rağmen en eski devirlerde Roma'da da evlenmelerin daima «manus'lu» olduğuna şüphe yoktur. Baba hâkimiyetine istinad eden ailede kocanın karısını da hâkimiyeti altına alması çok tabiidir. Diğer taraftan, kadın üzerinde manus'a sahip olmıyan koca kendisini emniyette hissetmezdi. Karısının *Pater familias*'ı her an kızını kocanın elinden alabilirdi. *Pater familias*'ın bu hususta dâva hakkı vardı. Fakat *Pater familias*'ın bu hakkı evliliğin devamına mâni değildi. Kocanın bu *Interdictum*'a karşı, bir defa hakkı ancak Antoninus Pius zamanında tanınmıştır. Eski zamanlarda kocanın daha emni olan «Manus» lu evliliği tercih ettiğine şüphe yoktur. Manus'un «usus» yoluyla iktisabı da eskiliğine alâmettir. Kocaya bu hakkı temin eden muamele *Coemptio* idi. Gaius, Lize bu muameleyi anlatırken «timsali bir satış» sözlerini kullanıyor. Bâzıları bunda eski bir «satış evliliği» nin son izlerini görmek istemişse de kanaatimizce durum bu merkezde değildir. Gaius, evliliği satışa benzetmiyor, manus'un iktisabı muamelesini satışa benzetiyor. Manus ile evliliğin başka başka şeyler olduğunu, bizzat Gaius, evlilikle ilgili olmıyan *Coemptio*'yu anlatmak suretiyle göstermektedir. *Coemptio*, Klâsik Hukukta evlenmeden ziyade kadının vasî değiştirmesine yarıyordu. Fakat «Manus» lu evlilik (bu terimi daima Manus + Evlilik mânasında kullanıyoruz), klâsik hukukta hâlâ kullanılıyordu. Digesta'da birçok metinler ondan bahsetmektedir. Ancak Digesta'da birçok hükümler metrâk hukuktur. Roma içtimaî hayatına dair bildiklerimize göre bütün bunlar tatbikatta maziye karışmıştı. Klâsik Hukukta evliliğin «manus» suz ve kadının kaideten *sui iuris* olduğu biliniyor.

II— MANUS'DA KOCANIN DURUMU:

a) Manus'lu evlilikte koca, karının bütün mallarının maliki olurdu. Karının ayrıca bir «*res uxoria*» sı bulunmazdı. Buna rağmen, «manus» lu evlilikte, karının kocaya intikal eden mallarından ayrı, bir de «*dos*» görüyoruz. «*Dos*» un karı tarafından kocaya peşin ödenen bir nevi «ev masraflarına iştirâk» bedeli olduğunu aşağıda göreceğiz. Manus'u kocaya geçen kadının serveti bu masraflara iştirâk hissesi için pek mütevazi ise ayrıca babasının veya üçüncü şahısların ona bir *dos* vermesinin sebebi anlaşılır. «Manus» lu evliliklerin kaide olduğunu tahmin ettiğimiz en eski devirlerde kadın da evlenmeden evvel babasının *potestas*'ı altında idi. Yâni mâmeleki yoktu. Kocaya manus'la beraber hiçbir mâmelek intikal etmiş olmazdı. Bu, mâmeleksiz kızın ayrıca *dos* vermek ihtiyacını duyduğunu gösterir. Manus'u evlilikte kadının, kocasına intikal eden, mâmelekenden ayrı, bir de *dos*'un mevcudiyetini mantıksız addedenler yalnız «*sui iuris*», zengin kadınları gözönünde tutuyorlar.

b) Manus'suz evliliklere gelince: Burada durum çok daha basitti. Karı ve kocanın mâmelekleri ayrı idi. Kadın babasının *patria potestas*'ına bağlı ise ayrı bir mâmeleki de yok demektir. Evia masraflarını kocanın yalnız kendi mâmelekiyle görmesi hakkaniyete uymıyacağından kadın bu masraflara iştirâk payını *dos* namı altında öderdi. Koca, *dos*'un mâliki olur ve onu istediği gibi kullanırdı. En eski zamanlarda bunun koca'ya yapılan bir hibeden herhalde farkı yoktu. Karı koca arasındaki hibelerin – muhtemelen evvelâ örf ve âdetle – men edilmesinden sonra, verilenin hibe değil, *dos* olduğunun tasrihi cihetine gidilmiştir.

III— EVİN MASRAFLARI:

Roma'da evin bütün masrafları kocaya aitti. Kadının bu masraflara iştirâk etmesi icap etmezdi. Evlilik manus'suz ise kadın kendi mâmeleki durumunu aynen muhafaza ederdi. Kadın *sui iuris* ise mallarını bizzat idare eder, eğer *patria potestas* altında ise – tıpkı evlenmeden evvel olduğu gibi – mâmeleksiz kalmıya devam ederdi. Her halde evin masraflarına iştirak etmezdi. Manus'lu evlilikte de durum böyle idi. Manus altına geçen kadın «*alieni iuris*» ise kocasının evine mâmeleksiz geliyor demektir. Eğer «*sui iuris*» ise mâmelekinin kocasının mâmelekiyle birleşmesi, evlenmenin değil, «manus» un bir neticesiydi. Her halde mâmelekin bu intikali evlilik masraflarının karşılanması gayesiyle değildi. Bugünkü mânasında bir mal birliği ise hiç değildi. Manus altına girmek ve evlilik arasındaki farkı kocanın «*filius familias*» olması halinde daha açık görürüz. Kadın «*filius familias*» ile evlenir fakat «*pater familias*» ın manus'u altına girerdi.

Kocanın – veya *pater familias*'ının – aile masraflarını tek başına karşılaması hakkaniyete uygun olmayacağından kadının bunlara verdiği *dos*

ile iştirâk ettiğini görüyoruz. Kadının bu masraflara iştirâki çok eskiden beri örf ve âdete dayanırdı. Kadın şahsen servet sahibi değilse *dos*'u babası, kardeşler, hattâ üçüncü şahıslar verirlerdi. Evlilik manus'suz da olsa koca *dos*'un mâliki olur ve onu evin masrafları için kullanırdı. Hasılat getiren mallar bu bakımdan *dos* olmaya en elverişli olanlardı. Fakat mâmelekî değeri olan her şey *dos*'un mevzuunu teşkil edebilirdi. Kocanın evlilik için yaptığı masraflar mâmelekinin artması suretiyle karşılanmış olurdu. Görüldüğü veçhile evlenmekle karının ve kocanın mâmelekleri ayrı kaldığından dolayı – aile masraflarına iştirâk hissesi olarak – *dos* vermek ihtiyacı doğmuştur.

Filius familias olan koca, «*peculium*» u bulunsa bile evin masraflarını üzerine almazdı. Binnetice *dos* da *Pater familias* nezdinde kalırdı.

Pater familias'ın ölümü halinde evlilik masrafları (*onera matrimonii*) bütün mirasçılara değil, yalnız kocaya intikal edeceğinden *dos*, «*legatum*» şeklinde kocaya bırakılırdı.

Klâsik Hukukta aile mal rejiminin «*manus*» suz evliliğe bağlı olan mal ayrılığı olduğunu biliyoruz. Eğer kadın *sui iuris* ise birbirinden ayrı olan mâmeleklerin biri karınunki, diğeri kocanunki – veya onun *Pater familias*'ınunki – idi. Kadın *alieni iuris* ise bir tarafta kocanın mâmelekini, diğerk tarafta kadının *Pater Familias*'ına ait mâmeleki görürüz. Mal ayrılığı mutlaktı. Kocanın – bu sıfatına istinaden – *sui iuris* karısının mallarını idare etmek selâhiyeti bile yoktu. Kocanın *Paraferna* malları idare etmesi, İustinianus Hukukundan evvel istisnâ ad edilebilir. Kadın, mallarının idaresini kocasına bırakmışsa, kocası bu işi – kocalık sıfatına istinaden değil – kadının vekili olarak yapardı. Buna mukabil kadının ve erkeğin *ius civile*'ye göre kanunî miras hakkı da yoktu. Birbirlerinin mirasçısı olmaları, sonraları Praetor Hukuku tarafında kabul edilmiş olmakla beraber, ancak bütün kanunî mirasçılardan sonra sıraya girerlerdi. Karı koca arasında bir nevi mal birliğinin doğumu ancak İustinianus Hukukundan sonra olabilmıştır.

İktisadî bünyesi böyle bir «mal ayrılığına» istinad eden Roma Ailesinde karının ev masraflarına iştirâk gayesiyle «*dos*» vermesi gayet normaldir. Zira Roma'daki bu «mal ayrılığı» kocanın karısına bakma mükellekîyetini bile kabul etmiyordu. Aile masraflarının bulunduğu yerde *dos*'un da bulunması lâzımdır.

IV— MANUS TESİSİ MUAMELELERİ:

Bir mal birliğinin tesisi gibi kabul edilebilecek olan Manus tesisi muameleleri, Roma'da değişikdir. Burada tesis edilen mal birliği kadın mallarının, kocaya veya *Pater familias*'ına ait mallar içinde inhilal etmesidir.

Manus tesisinin ilk şekli olan *Coemptio* muamelesi bir satışa benzer. Ancak burada satılan kadının kendisi değil kadın tarafından temsil edilen

mâmelekidir. Muamelenin yapılış tarzı *Mancipatio*'ya benzer. *Per aes et libram* (maden ve terazi ile yapılan) bir muameledir. İlk devirlerde bu muamelede satıcı durumunda olan kızın *Pater familias*'ı olduğu halde sonraları kız bizzat satıcı durumunda görünürdü. Merasimin maden ve terazi ile yapıldığından başka birşey bilmiyoruz. İustinianus Hukukunda artık *Coemptio* muamelesi yoktu.

Roma Hukukunun ilk devirlerinde belki en çok kullanılmış olan Manus tesis muamelesi muhtemelen *Confarreatio*'dur. Bu, Manus tesisine dini unsurların dahil oluşudur. Mâbette yapılan bir merasimde taraflar kızılca buğday tesmiye edilen buğdaydan yapılmış bir ekmeğin (*Panis farreus*) birer parçasını yerlerdi. Merasimde ayrıca iki rahip ve on adet şahit bulunurdu. Bu manus tesis muamelesi ilk devirlerde yalnız Patrici'ler tarafından kullanılırdı. Yavaş yavaş tatbikten düştükten sonra Augustus tarafından Lex Iulia ile yeniden canlandırılmak istenmiştir. Bu kanunun pek muvaffak olduğu söylenemez.

Coemptio'nun ortadan kalkması buna mütenazır bir muamele ile yani mallar üzerindeki hâkimiyet hakkının geri verilmesi şeklinde olduğu ve bu bakımdan bir hususiyet arzetmediği halde *Confarreatio*'nun ortadan kalkması için yine mabette yapılan bir *Diffarreatio*'ya ihtiyaç vardı. Bu merasime râhipler iştirak ederdi.

Bu iki türlü Manus muamelesinin yanında bir de bir yıllık müruru zaman ile Manus'un tesis edildiğini görüyoruz. Ev namına yapılan alış verişlerde muamelenin kimin namına yapıldığını bilmek istiyen üçüncü şahıslar muayyen bir müddet kadın ve erkeğin bir arada yaşamasından Manus'un da tesis edildiği neticesini çıkarabileceklerinden bir senelik müruruzaman ile (Usus) ile Manus'un tesis edildiği kabul edildi. Eğer kadın evliliğin devamına rağmen Manus'u tesis etmek istemiyorsa bir yıl içinde üç gün evinden uzak kalırdı. Bu suretle Manus doğmazdı. Kadının üç gün için evinden ayrı kalması evlilik bakımından bir şey ifade etmezdi. Evlilik gene devam ederdi. Karı kocanın uzak olması evlilik hususunda rızaların devam etmesi ile ilgili değildir.

§ 8. DOS

I— TERİM HAKKINDA

Evvelâ neden çehiz – veya cihaz – değil de «*dos*» terimini kullandığımızı izah edelim.

Lâtincede, «*dos*», evlenen kadına, kocasının evinde aile masraflarına iştirâk etmesi için verilen para veya mallar veya daha umumî mânasında evlenen kadına verilen eşya olduğu gibi bir şeyi teçhiz eden şey, bir gayri-menkulün teçhizine yarıyan âlet ve cdevat mânasına da gelir. Roma Hukuku

lisanında *dos*, evvelâ evlenen kadına verilen şeyleri; ikinci derecede ise «teçhizatı» ifade etmektedir. Bu mânasında «*dos*» un diğer lisanlardaki mukabili Fransızcada (*Dot*), İtalyancada (*Dote*), Almancada (*Mitgift*, *Aussteuer*) veya – daha az kullanılan (*Heiratsgut*)’dur. Türk Medenî Kanunu 236 nci maddesinde de «cihaz» ın bu mânada kullanıldığını görüyoruz.

Fakat lisanımızdaki «Cihaz» (veya «Çehiz») lâtincedeki «*instumentum*» ve daha çok «*supellex*», İtalyancadaki «*corredo*», Fransızcadaki «*trousseau*» ve Almancadaki «*Ausstattung*» un mukabilidir. Nitekim kelimenin esasını teşkil eden Arapçadaki «cihaz» da «*trousseau*» nun mukabiliğini ifade etmektedir. Medenî Kanunumuzun 603 cü maddesinde «cihaz» ın bu mânada kullanıldığını görüyoruz. Halkın lisanında da «çehiz» daima bunu ifade eder. – Bilhassa İstanbul’da – «*dos*» ifade edilmek istendiğinde, hususiyile nakit «*dos*» kastedildiğinde Yunanca «*Drahoma*» nın kullanıldığı sık sık görülür.

«*Dos*» a tekabül eden bir terimin lisanımızda mevcut olmaması hukukumuzda ve içtimâî bünyemizde mütenazır müessesenin yerleşmemiş olmasının ifadesidir. Bu itibarla «*dos*» a cihaz (veya çehiz) demek doğru olmaz. Bu bakımdan, iltibasa meydan vermemek için cihaz (veya çehiz) değil «*dos*» demeyi tercih edeceğiz. Kaldı ki geçmişteki bir müesseseyi, bu arada zikredilen kaynaklar ve metinler sebebiyle tercüme etmeden kendi adıyla kullanmak da daha doğrudur.

II— DOS’UN MAHİYETİ:

Dos, «kocanın evlilik münasebetiyle artan ev masraflarını karşılması için kadın tarafının verdiği ve kocanın mâmelekini arttıran şeylerdir.» Klâsik Hukuk devrinde, hukukî bakımdan bir *dos* vermek mükellefiyeti olmamakla beraber, bu mükellefiyetin ahlâkî bakımdan mevcut olduğuna şüphe yoktur. C.I.C. de birçok metinler *dos* vermek borcundan bahsettikleri vakit hukukîden ziyade ahlâkî bir mükellefiyeti ifade etmektedir. Başka yerlerde mükellefiyetin «*pietas*» a (sevgiye, evlât muhabbetine) bağlandığını görüyoruz. Bu umumî bir ahlâkî borcu idi. Roma’da rüyada çocuk görmek «sıkıntı» ya yorulurdu. Kız çocuk görmek ise pek büyük sıkıntının alâmeti sayılırdı. Rüyada kız çocuk görmekle, alacaklı görmek arasında hiçbir tefrik yapılamazdı. Zira mevcut kanaata göre her ikisinin de talepleri red edilemezdi. Binbir sıkıntı ile yetiştirilen kız, üstelik bir de «*dos*» u alarak evden giderdi. Tıpkı parayı alıp giden alacaklı gibi. Kızına *dos* vermek, ve hattâ iyi bir *dos* vermek her baba için bir haysiyet meselesiydi. İustianus Hukukunda bu ahlâkî mükellefiyetin «Hukukî bir mükellefiyet» haline geldiğini görüyoruz.

Epey eski kaynaklar, evlenme sahasındaki yazılı akitlerden bahsediyor. Eski Roma lâhitlerinde karı ve kocayı temsil eden kabartmalarda er-

kek, elinde dürülmüş bir kâğıt («*volumen nuptiale*») tutmaktadır. Bu, Klâsik Roma Hukukundaki duruma göre, ancak daha evvelki *Stipulatio*'yu teyid eden vesika olabilir. *Traditio*'ya bağlı olan temlik senetlerinin ve iktisab vesikalarının kullanılması çok sonraki zamanlara aittir. Lâhitlerde kadın ve erkeğin yan yana hakkedilmiş olmaları evli olduklarının kâfi alâmetiydi. Diğer taraftan bu «evrak» ın Roma içtimai bünyesinde çok yerleşmiş bir şeyi temsil etmesi lâzımdı. Çünkü lâhitler şahısların durumuna göre, aralarındaki hususî vaziyetlere göre yapılmazdı. Roma'da lâhitlerin – tâbir caizse – toptan yapıldıklarını ve «lâhitçinin» elinde müşterilerin emrine amâde durduklarını aşağı yukarı kat'iyetle biliyoruz. Üzerindeki yazıların başka bir el tarafından ve çok defa lâhitteki işlerin karakterine muhalif hâk edilmiş olması, müşterinin arzusuna göre lâhitteki yüzlerde, ölene benzemesi için alelacele yapıldıkları belli rötüşlar, hepsi az çok birbirine benzeyen standart yüzler v.s. kâfi derecede mukni delillerdir. «Toptan» lâhit yontanlar daima aranan bir cins lâhit yapmadıkları vakit mallarını satamazlar ve zarar ederlerdi. *Volumen nuptiale*'yi ihtiva eden lâhitler herhalde aranır. Zaten birinin ölümü hâlinde lâhit sipariş edileceği tasavvur edilebilir mi? En sadelerinin bile bir iki haftadan evvel bitirilemeyeceği tahmin ediliyor. Daha hayatta iken «lâhidini» sipariş eden «müdebbirlerin» de az olduğundan kim şüphe eder? Kanaatimizce durum sariftir: Roma içtimai hayatına *dos*'un nasıl yerleşmiş olduğunu biliyoruz. *Dos* ailenin en mühim müesseselerinden biriydi. Kadın verdiği *dos*'un miktarı ile iftihar eder; evlenme şekle bağlı olmadığı halde *dos* vaadi (*dotis dictio, dotis promissio*) ve fiilen verilmesi (*mancipatio, in iure cessio*) şekle bağlı muamele olarak yapılır; *dos*'un geri alınabilmesi için Roma hukukçuları en çarpaşık meseleleri halle çalışırlardı. Evlenme ile boşanmanın sade ve âdeta sessiz şekilleri yanında *dos*'un çıkardığı bu «gürültü» insana asıl mühim olanın evlenme değil de *dos* olduğu zehabını bile vermektedir. Castello'nun lâhitler için müşahedesi yerindedir. Bu kadar mühim bir unsurun mezarın üzerinde belirtilmemesine ihtimal veremeyiz. «*Volumen nuptiale*» herhalde bunu ifade ediyordu.

III— DOSUN, TESİS EDEN KİMSELERE GÖRE TEFRİKİ:

Dos'u tesis eden kimseler bakımından iki türlü *dos* birbirinden tefrik edilmektedir.

A – DOS PROPECTICIA: Bu, aile mallarından ve bu mallar üzerinde tasarruf hakkı olan *Pater Familias* tarafından verilen *dos*'dur.

B – DOS ADVENTICIA: Aile mallarından verilmiyen *dos*'dur. Bu, aile malları üzerinde tasarruf edemiyen anne gibi kimseler tarafından verilebileceği gibi ailenin dışında kalan üçüncü şahıslarca da verilebilir. Eğer evli'iğin sona ermesi halinde *dos*'un iade edileceği hakkında koca ile müessis üçüncü şahıs arasında hususî bir *stipulatio* yapılmışsa bu *Dos Adventicia*'nın adı «*Dos re-*

cepticia» olur. *Dos Adventicia*'yı veren üçüncü şahsın bunu pater familias olarak aile malından vermesinin veya – *emancipatus* olarak – başka şekilde vermesinin hiçbir ehemmiyeti yoktur. «Aile malından» verilmiş olması veya olmamasının önemi yalnız evlenen kız bakımındandır. Ona göre «aile malı» olması veya olmamasına bakılır.

Dos profecticia'nın en eski şekil olduğu tahmin edilebilir. Manus altında olan kadının, ailesini terk edip başka bir aileye dahil olması, eski ailesi ile alâkasının kesilmesine sebep olurdu. Bu bakımdan kendisine, miras hissesinin peşin verildiği veya ona mahsuben yapılan bir tediye ile kızın bu hakkından vaz geçtiği tahmin edilmektedir. *Dos profecticia* bu haliyle kızın kaybettiği miras hissesine mukabil aldığı bir karşılık gibi görünmektedir. *Profecticia* kelimesinin bitmek, hareket etmek, seyahat etmekle olan ilgisi (*proficiscor, proficisci*) bu müessesenin menşei hakkında muhtelif nazariyelere vücut vermiştir. *Proficisci*'deki seyahat mânasının, kızın koca evine yaptığı «yolculuk» la ilgili olduğu ileri sürülmüştür. Kıza bu yolculuğu münasebetiyle verilen eşya, gelinin seyahat eşyaları, kocasının evine yaptığı yolculuk için verilen şeyler sayılır.

Dos profecticia eski Roma ailesinde verilen *dos*'u temsil etmektedir. Bu itibarla bir tarafta *Pater familias*, diğer tarafta *patria potestas* altındaki kız bulunmaktadır. Klâsik devre ait metinler yeni durumu aksettirmektedir: Burada evlenen kadın «*emancipata*»dır, fakat babası tarafından verilen *dos*, gene *dos profecticia* ad edilmektedir. Corpus Iuris Civilis'deki bir hüküm: «Baba *emancipata* kızına *dos* verdiğinde bunun bir *dos profecticia* olduğu hususunda hiç şüphe edilmez. Zira *dos*'a *profecticia* vasfını veren hâkimiyet hakkı (*ius potestatis*) değil, babanın kızla olan (hısımlık) durumudur. Ancak bu, yalnız baba sıfatıyla verdiğinde böyledir. Baba, kızın borçlusu olarak, onu (kızın) arzusu üzerine verirse «*dos adventicia* olur», diyor.

Dos Adventicia, en derli toplu ifadesiyle *dos profecticia*'nın dışında kalan *dos*'dur. «*Adventicia*» kelime mânası itibariyle «yabancı, dışarıdan gelen» demektir. *Pater familias*'ın ve babanın dışında kalan bütün şahısların – kızın annesinin, kardeşlerinin, herhangi üçüncü bir şahsın ve hattâ evlenen kadının bizzat – verdiği *dos*'dur, Kaynaklarda herhangi bir kayda tesadüf edilmemekle beraber *dos adventicia*'nın *dos profecticia*'dan çok sonra doğduğu ve ancak manus'suz evliliklerde kullanıldığı tahmin edilmektedir. *Dos Adventicia*'yı Roma'da Patronus'un cliens'leri, azath köleleri, hattâ bütün komşular verirdi. Bugünkü düğün hediyesine benzetilebilir.

IV — DOS OLARAK VERİLEN MALLAR:

Mâmeleki değeri olan her şey *dos*'un mevzuu olabilir ve aşağıdaki şekilde tasnif edilebilir:

Maddi bir eşyanın mülkiyeti; *usus fructus* ; alacak hakkı olabilir. Roma'da, mülkiyetin mevzuu olabilen her şey dos'un da mevzuunu teşkil edebilirdi. Bilhassa köleler ve gayrimenkuller (*fundus* şeklinde) kaynaklarda sık sık görülmektedir. Kadının koca evine getirdiği köleler yeni ailerin uşakları ve hizmetçilerini teşkil ederlerdi. Dos'un gelir getiren bir mal olması da icap etmezdi. Çıplak mülkiyet olabileceği gibi süs ve zevk eşyaları da olabilir. Dos eşyanın iktisadî bir değeri bulunması lâzım değildi. Romahlara göre mühim olan mâmelekî değeri idi. Kocanın mâmeleki, dos olarak verilen çıplak mülkiyetle de artmış olurdu. Klâsikten evvelki Roma Hukukunda *usus fructus* mülkiyetin bir kısmı ad edilmekteydi. Belki bu görüş tarzı dos sahasında hususî tesirler meydana getirmiştir. Esas itibariyle mülkiyetin kocaya naklini derpiş eden dos tesisi belki ancak bu hukukî görüş altında *usus fructus*'u dos mevzuu arasına ithal etmiştir. Bir alacak hakkının temini de dos'un mevzuunu teşkil edebilir. Ve nihayet kocanın aynı bir mükellefiyetten veya bir borçtan kurtarılması da dos'un mevzuu olabilirdi.

V — DOS'UN MİKTARI:

Dos aile masraflarının bir kısmını karşılayacağından miktarının, ailenin masraflarıyla mütenasip olması icap ederdi. Bu itibarla Roma'da Dos'un ailelerin içtimaî durumlarına göre değiştiği şüphesizdir. Diğer taraftan dos, kadının boşanmadan sonra hayatını idame ettirebilmesi için tek servetiydi. Roma'da boşanmaların kolay ve çok olduğu gözönünde tutulursa kadına verilen dos'un bu ikinci fonksiyonunun da herhalde hesaba katıldığı tahmin edilebilir. Roma iktisadî hayatı kölelerin mesaisine dayanırdı. Bu mesai o kadar ucuzdu ki hür bir kadının – boşanmadan sonra – kendi mesaisiyle hayatını kazanmasına imkân yoktu. Aynı iktisadî sebebe binaen evlenen kadının eve veya kocaya bir yardımcı olduğu üzerinde durulmazdı. Kadının eve, aileye yardımı, getirdiği dos'du. Kadın, köle iktisadiyatına dayanan evin nezaretçisi, nâzımı idi. Kaideten manuslu evliliklerde dos'un miktarı tahdit edilmemişti. Zira bu türlü evliliklerde kadının bütün malları kocasının olurdu. Klâsik Hukuk devrinde manuslu evliliğin aşağı yukarı kaybolduğu şüphesiz olmakla beraber, Roma Hukukunda, hemen hemen her hukukî müessesede olduğu gibi, manuslu evliliğin izleri daha uzun zaman baki kalmıştır. *Lex Papia Poppaea* ile (M.S. 9) verilebilecek dos miktarının tahdidi cihetine gidildiğini görüyoruz. Azamî miktar olarak 1.000.000 «*sestertium*» tespit edilmiştir. Daha eski Yunanistan'da da dos'un tahdidi cihetine gidildiğini görüyoruz. Girit'te verilebilecek azamî dos erkek çocuğun aldığı veya alacağı miras hissesinin yarısını tecavüz edemezdi. Yunanistan'da babanın mâmelekinin onda birinden dâun olan dos'a da «çok az» denirdi.

§ 9. DOS TESİSİNİN ŞEKİLLERİ

I — DOS TESİSİ MUAMELELERİ:

Klâsik Roma Hukukunda dos'un üç şekilde tesisi mümkündür:

A — Bir tasarruf muamelesiyle dos eşyanın doğrudan doğruya verilmesi ve mülkiyetinin nakli suretiyle. Buna «*dotis datio*» (veya «*datio dotis*») deniyor. Bu, dos'un fiilen tesisi: «*Dotis causa*» yapılan bir mülkiyet naklinde olduğu gibi.

B — Dos'un bir taahhüt muamelesiyle tesisi de mümkündür. Buna a-lehtlak «*dos vaadi*» diyebiliriz. Ya normal bir «*stipulatio*» ile (buna «*promissio dotis*» denmektedir) veya tek taraflı sözlü bir vaade («*dotis dictio*») bir dos borcuna vücut verilebilirdi. Corpus Iuris Civilis'te karşımıza çıkan «*pollicitatio dotis*» i Klâsik Roma Hukuku tanımıyordu. Bu, zamanla «*dotis dictio ve promissio dotis*'in yerini alan bir şekildir.

Klâsik Roma Hukukunda Dos tesisinin üçüncü bir şeklini daha görmekteyiz:

C — Bu da «*Legatum*» şeklinde miras yolu ile dos tesisidir.

Dos'un fiilen verilmesi bir hususiyet arz etmez. Ezcümle «*Mancipatio dotis datio*» nun bir şeklidir ve «*promissio dotis*» bir «*stipulatio*» dan ibarettir. Bu muameleler, dos tesis muamelesi olarak kullanıldıklarında bir hususiyet de arz etmemektedirler. Bünyeleri itibariyle umumî muamelelerdir.

«*Legatum*» da, külli haleflerin («*successor*») ölüme bağlı bir tasarruf gereğince muayyen malları üçüncü bir şahsa veya kendi aralarından birine teslim mükellefiyetleridir. «*Legatum*» un dos tesisi için de kullanılmasında gayri tabii birşey yoktur. Ancak «*Legatum dotis*» daima dos tesis edici bir muamele değildir. Dos'un fiilen «*Legatum*» ile tesisi mahiyetinde olan muameleleri, («*Legatum dotis constituendae causa*») bu mahiyette olmıyanlardan tefrik etmemiz lâzımdır. Ancak hem «*Legatum*», hem «*dos*» ile ilgili oldukları halde dos tesisi olmıyan muameleler de vardır.

«*Patria potestas*» altında olan kocaya «*Pater familias*» dos eşyaları bir «*legatum*» ile bırakılabılırdi. «*Pater familias*»'ın ölümü ile «*onera matrimonii*» yi üzerine alan koca dos'un diğer mirasçılar arasında bölünmesine bu suretle mâni olarak «*dos*» u olduğu gibi iktisap ederdi. Eğer «*filius familias*» başkaları ile birlikte mirasçı ise dos'u — «*Legatum*» şeklinde tefrik edilmemiş olsa da — «*praecipuum*» olarak alırdı. «*Filius*», eğer diğerleriyle beraber müşterek mirasçı değilse dos kendisine «*legatum*» ile bırakılırdı. Dos eşyalar terekeden «*rüçhanlı olarak*» alınırdı. Bu «*legatum*» bir dos tesisi olmayıp daha evvel tesis edilmiş olan dos'un «*onera matrimonii*» yi üzerine almış olana devrinden ibaretti.

«*Legatum dotis constituendae causa*» kocaya, dos vermek niyetiyle, yapılmış olan legatum'dur. Burada kocaya veya *Pater familias*'ına dos bir «Legatum» şeklinde bırakılmıştır. Legatum'un iktisabı ile elde edilen mallar dos sayılır. Buna mukabil kocanın dos'u, «*praelegatum*» şeklinde, karısına bırakmasının dos tesisi ile ilgisi yoktur.

Bir «Legatum» ile kadına, dos'u teşkil etmesi gayesiyle bazı mallar bırakılabilir. Bu bir hibe mahiyetindedir. Eğer kadın evli değilse ve «Legatum» muayyen bir evliliği gözönünde tutmuyorsa dos tesis edilmemiştir. Kadın «Legatum» u alır ve üzerinde serbestçe tasarruf eder. Fiilen dos olarak kullanılması mecburiyeti bile yoktur, zira dos tesisi değildir.

II - DOTIS DICTIO:

Dictio, «*dicere*» fiilinden gelmektedir. *Dicere* söylemek, konuşmak demektir. Hukukî mânada daha çok «taahhüt altında kalacak şekilde söylemek» demektir. Bize *dotis dictio*'dan bahseden en eski kaynaklar Milâttan evvel ikinci asra aittir. *Dotis dictio*'yu ilk defa bir kanun metninde «*Lex Iulia de maritandis ordinibus*» ile görüyoruz. *Corpus Iuris Civilis*'de artık *dotis dictio*'yu bulamıyoruz. İstianianus Hukukunda, dos tesisi için şekle bağlı olmayan vaadler esas alınmıştır.

Dotis dictio şekle bağlı, sözlü ve tek taraflı bir beyanla meydana gelen bir muameleydi. Dos'u tesis etmek isteyen, bir beyanda bulunur, müstakbel koca hiçbir cevap vermezdi. Kocanın bir soru soruğunu görmüyoruz. Muamelenin tek taraflı oluşu izahı güç bâzı vaziyetler de yaratmaktadır. Koca dos'u kabul etmekle bir takım mükellefiyetler altına da girmektedir. İstemediği bir kadını evlenmesi nasıl kabul edilemezse, istemediği bir şeyi dos olarak kabule icbar edilemeyeceği de tabiidir. *Dotis dictio* tek taraflı bir hukukî muamele olarak kocaya bu seçme hakkını vermemekle beraber dos'un evlenmeğe bağlı bir muamele olduğu da unutulmamalıdır. Vaki *dotis dictio* «*causa dotis*» dir. Fakat evlilik, bütün dos muamelelerinin hakikî «*causa*» sıdır. Koca evlenmek istemediğini beyan etmekle her zaman dos hakkındaki ademi memnuniyetini bildirebilir. *Dotis dictio*, şekli itibariyle tek taraflı bir hukukî muamele idi. Verbal bir akittir. Müstakbel kocanın «kabul» beyanına lüzum yoktu; böyle bir «kabul» ün beyanına imkân bulunamazdı Dos olarak vaad edilen şeyleri beğensin beğenmesin *dotis dictio* muamelesi tamamlanmış bulunurdu. Koca memnuniyetsizliğini ancak-ve ancak-diğer bir akitte, evlenmede, belli edebilir ve menfaatına uygun gelmezse kızla evlenmiyebilirdi. Nişanlanmadan dolayı dâva imkânı kabul edilmediğinden damat evlenmeğe icbar edilemezdi. Dâmanın *arrha sponsalicia* ile bağlandığı devirde ise *dotis dictio* zaten tatbikten kalkmıştı.

Dotis dictio usulü ile dos tesisi imkânı muayyen kimselere tanınmıştı.

1- Kızın babası veya baba tarafından dedesi. Bununla «*Pater familias*» ı kast etmiyoruz. Pater familias dedesi olsa bile baba *dotis dictio* yapmağa ehil sayılırdı. Dos taahhüdünde – *dotis dictio* şeklinde – bulunacak olan babanın, kızın üzerinde hâkimiyet hakkına malik olması icab etmez. «*Emancipata*» bir kızın babası da *dotis dictio*'dan istifade edebilir. Kızın annesi *dotis dictio* yapamazdı. Anne *dotis dictio* bakımından ehliyetsizdi.

2- *Dotis dictio* yoluyla dos tesis edebilen ikinci şahıs, bizzat evlenecek olan kadındır. Kadının buna ehil olabilmesi için *sui iuris* olması lâzımdır.

3- *Dotis dictio*'dan istifade edebilen üçüncü şahıs da kadının borçlusudur. Ancak kadının borçlusu yalnız kadının tâlimatı üzerine bir *dotis dictio* muamelesi yapabilir. Ona *dotis dictio* yapma ehliyetini kadının bu tâlimatı verir. Kaldı ki borçlunun *dotis dictio* yapma ehliyetini, pek tabii olarak, hakikaten borçlu olup olmadığına rapptetmek icab eder. Kendisini hatâen borçlu zannedenin yaptığı *dotis dictio* bir hüküm ifade edemeyeceği gibi kadının, borçlusu zannederek *dotis dictio* yapması hususunda talimat verdiği üçüncü şahsın yaptığı *dictio* da hükümsüz olur. *Dotis dictio* yapmaya ehil kimseler arasında bu tefrikin önemi *dotis dictio*'nun menşeyini incelediğimizde görünecektir.

Dotis dictio'ya muhatap olabilen kimseleri de tefrik edebiliriz.:

1- Müstakbel kocanın (damadın) muhatap olması normal haldir.

2- Eğer müstakbel koca *alieni iuris* ise *dotis dictio*'nun muhatabı hâkimiyet hakkına sahip olan şahıstır.

3- Ve nihayet lehine *dotis dictio* yapılan kimse kendisini bir köle ile temsil ettirebilir. Fakat daha evvel de gördüğümüz gibi *dotis dictio*'dan istifade edecek olan kimsenin tesis muamelesinde herhangi bir vazifesi yoktur. Köle, burada sadece dos vaadini «duymak» la vazifelendirilmiş olur.

Elimizdeki kaynaklara göre bir *dotis dictio* muamelesini şöyle tecessüm ettirebiliriz: İki Romalının nişanlanması merasimi esnasında kızın babası bütün davetlilerin önünde dâmada «evlendiğinizde sana dos olarakvereceğim» diyor. Bu sözün bu merasim esnasında söylendiği kuvvetle muhtemeldir. Dâmat hazır, akrabalar vardır. Kayın pederin bu vaadi merasimin bir kısmını da teşkil edebilir. *Dotis dictio*'nun kibar ve ağır başlı bir dos tesis şekli olduğu derhal göze çarpıyor. Dâmadın – *stipulatio*'da gördüğümüz – nişan merasimi için nahoş «— Banai dos olarak vermeği vaad ediyormusun?» sualini sormasına ihtiyaç yoktur. Miktar babanın hükmüne ve ve mürüvvetine bırakılmıştır. Dâmat söyleneni yalnız dinliyor, hiçbir şey söylemiyor. «Kabul ettim» bile demiyor. Böyle bir cevap bile çok maddî bir hava yaratmaya yeterdi. Belki taraflar ne kadar dos verileceğini daha evvel aralarında konuşmuşlardır. Fakat resmî vaadin nişanlanma münasebetiyle yapılmış olması çok normaldir. Babanın bu vaadi, «*ius*» gereğince olduğu

kadar «*mores*» gereğince de bir taahhüttü. Vermediği takdirde itibarını kaybeder ve meselâ evlenecek başka kıza varsa ona güçlkle talib bulurdu. Müessesenin bu mahiyeti onun ilk zamanlarda yalnız patrici'ler tarafından kullanıldığına delil sayılmaktadır. Kaynaklarda da «*dotis dictio*» nun diğer tesis şekillerinden evvel sayılması eskiliğinin ve hususiyetinin delili ad edilmektedir. Herhalde M.E. II nci asırdan evvel de vardı. *Dotis dictio*'nun ilk zamanlarda hukuken hiçbir hüküm tevhit etmiyen sırf dinî bir muamele olması çok muhtemeldir. Vaadde bulunan ne veriyor, ne de nihaî olarak vaad ediyordu. Yaptığı şey sadece «dos olacak eşyaları göstermek, bu beyanı yapmaktır». Bu beyan dâmada ne mülkiyet hakkını veriyor, ne de onun için bir alacak tevhit ediyordu. Zaten kendisi pasif kalmış, yapılan muameleyi, dos eşyaların tefrikini sadece müşahede etmiştir. Vaziyeti daha iyi tecessüm ettirmek için zamanımıza gelelim: Bugün nişanlı erkek, kızın evinde bulunduğu bir anda müstakbel kayın pederi tarafından çehizin kendisine gösterilmesinden sonra herhangi bir hak elde eder mi?

Gene babanın yaptığı *dotis dictio* herhalde en eski şekli olacak. Kadının *dotis dictio* yapması *sui iuris* olmasına bağlıdır. Bunlar Roma Hukukunda daha sonra gördüğümüz müesseselerdir.

Dotis dictio, nişanlanma münasebetiyle, evlenmenin yapılacağını temin eden vaadde beraber yapılırdı. Bu mahiyeti itibariyle yalnız evlenmeden evvel kullanılan bir şekildi. Zaten «*dotis causa*» bir muameleydi. Vaadin daima evliliği belirten sözlere bağlandığını biliyoruz. Nişanın bozulmasıyla *dotis dictio* da hükümsüz olurdu. Dos'u vaad etmiş olanın, evlenmenin tahakkukundan evvel ölmesi halinde mirasçıları bu vaade bağlı değildir. Labeo'ya göre *dotis dictio*, zaten evlenmeden evvel bozulabilirdi. Bunda da *dotis dictio*'nun tek taraflı karakterini müşahede edebiliyoruz. Evlenme şartına muallâk olması *stipulatio*'dan ayrıldığı en mühim nokta idi. *Stipulatio* kaideten mücerret muameleydi. Her zaman talep imkânını verirdi. *Dotis dictio*, hiçbir zaman aynı bir hak yaratmamıştır.

Dotis dictio'nun yukarda tetkik ettiğimiz hukukî mahiyeti gözönünde tutulursa kocanın talep hakkı, ancak evlenmeden sonra, mevzuubahis olabilirdi. Zira *dotis dictio* «*dotis causa*» bir muameleydi. Eğer dos'un verilmesi için - evlenmeden gayri - bir de vâde tespit edilmişse bunun da tahakkuku icab ederdi. *Dotis dictio* şekle bağlı olmıyan dos vaadinin (*Pollicitat dotis*) kabulü ile ortadan kayboldu. Bu resmen M.S. 428 senesinde Theodosius II devrinde oldu. *Dotis dictio*'nun daha evvel de fiilen tatbikten düştüğü tahmin edilebilir.

III — PROMISSIO DOTIS:

Promittere = vaad etmek, bir edayı taahhüt etmek demektir. *Promissio dotis* = «dos vaadi» veya «dos'un vaadi» mânasına gelir. «*Promissio dotis*»

son derece eskidir. Daha cumhuriyet devrindenberi dos taahhütlerinin «*dotis dictio*» ve «*dotis promissio*» şekillerinde yapılabildiklerini biliyoruz. Klâsik hukuk devrinde de her iki şekil kullanılıyordu. «*Promissio dotis*» in hususî bir şekli yoktu. «*Stipulatio*» şeklinde yapılırdı. Kendisine bir şey vaad edilecek olan (*Stipulator*) vaadin neden ibaret olduğunu belirten suali sorar, vaad eden de (*promissor*) cevap vererek vaad ederdi. «..... *dare spondes?*» «*Spondeo!*». *Promissio dotis* aynen *stipulatio*'nun kalıbına uymuş ve *stipulatio*'nun geçirdiği tahavvüller içinde daima ona uygun kalmış, hususiyet arz etmemiştir.

«*Dotis dictio*» dos vaadinin belki daha tipik, daha kendine has şekliydi. Fakat yalnız muayyen kimseler tarafından kullanılabilirdi. «*Promissio dotis*» ise herkese açıktı. Diğer taraftan «*dotis dictio*» daima «*causa*» ya bağlı bir muamele olduğu halde «*promissio dotis*» taraflar isterse borç sebebinin ihtiva eder, istemediği takdirde mücerret yapılabilirdi. Tıpkı *stipulatio* gibi «*promissio dotis*» de istenirse şarta bağlanabilir. İstenirse «*dies*» ile yapılırdı. Papinianus şart ve vâde kabul etmiyen muameleler arasında ne «*stipulatio*» yu, ne de «*promissio dotis*» i saymamıştır. «*Promissio dotis*» eğer «*causa dotis*» yapılmışsa daima «evlenme vukua geldiği takdirde» şartını ihtiva ettiği kabul edilirdi. *Dotis causa* bir *stipulatio*'da evlilik tahakkuk etmemişse dos'u talep etmek imkânı yoktur.

Roma'da «*stipulatio*»nun yanı başında bir de yazılı vesikanın kullanılması son derece eskidir. Daha cumhuriyet devrinde «*stipulatio*» yu müteakip bir vesikanın (*cautio*) tanzimi âdet olmuştu. Fakat bu vesika aktin kendisini teşkil etmeyip yalnız ispatına yarardı. Sözlü *stipulatio* yapılmadan tanzim edilmişse hükmü yoktu. Taraflar böyle bir vaziyetle karşılaşmamak için vesikanın altına *stipulatio*'nun yapıldığını da ilâve ederdi.

Stipulatio, Klâsik Hukuk devrinin sonundan beri, Yunan tesiri altında, yazılı bir akit olmaya doğru inkişaf etti. Her türlü yazılı akitlerin altına «sorulduğunda itiraf etti» kaydı konmakla muamelenin bir *stipulatio* olduğu belirtilmeye çalışılıyordu. Diğer taraftan İustinianus evlenme sahasında yazılı akitlere doğru en mühim adımı atmış ve 529 senesinde yüksek sınıflar için yazılı evlenme akdini mecburî ilân etmiştir.

IV — DOTIS DATIO:

Dotis datio, dos vazifesini görecek olan her türlü mâmelek kısımlarının doğrudan doğruya, kocaya, tahsisidir. *Dotis datio*'nun hususî bir şekli yoktu. Dos olarak verilen şey bir mülkiyet hakkı ise onu *mancipatio*, *in iure cessio* veya *traditio* ile nakletmek, bir alacak hakkı ise onu temlik etmek suretiyle dos tesis edilmiş olurdu. Görüldüğü gibi hususî şekillerden mahrumdu ve nakledilen hakkın mahiyetine göre kullanılması icab eden tipik muamele ile

olurdu. Bütün bu muamelelerin müşterek olan ciheti dos'u o anda fiilen tesis etmeleridir.

Dotis datio için kullanılan muameleler bir hususiyet arzetmezler.

Kullanılan ilk şekil *Mancipatio*'dur. *Mancipatio* mücerret bir intikal muamelesidir. «*Nummo onu*» semen timsalidir. Bu itibarla «*nummo uno*» *Mancipatio* olarak dotis datio için kullanılmıştır.

Kullanılan ikinci muamele olan *in iure cessio*'da da hakem önünde – *causa* belli edilmeden – bir ayının mülkiyeti ihtilâfın mevzuunu teşkil eder, «*in iure cedere*» ve ona inzıam eden *addictio* ile hak intikal ederdi. Hukukî sebep «*in iure cessio*» nun formula'sında hiçbir zaman zikredilemezdi. Bu da dotis datio için kullanılmıştır.

Res mancipi'lerde *mancipatio* veya *in iure cessio*'nun ademi mevcudiyeti halinde *usucapio* müddetinin geçmesi lâzımdı. Aynı şekilde, müessis mâlik değilse, kocanın hiç olmazsa *usucapio* zilyetliğini elde etmesi lâzımdı. Bu suretle işliyen *usucapio* «*pro dote*» olduğundan koca derhal «dos» u almış sayılırdı.

Traditio da *dotis datio* bakımından hiçbir hususiyet arzetmemektedir. Bu ayının, şekle bağlı olmadan bir diğerine devri, zilyetliği temin ediyordu. Devredilen ayın bir «*res nec mancipi*» ise ve muamelede «*iusta causa*» da mevcutsa *traditio* mülkiyeti temin ederdi. Dotis datio sahasında temlikin «*dotis causa*» olduğu hakkında tarafların anlaşmış olması icab ederdi. Klâsik hukukta zilyetliğin naklinde gayrimenkullerde fiilen devralmak, fiilen içine girmek ve menkullerde «*custodia*» sı altında bulundurmamak, fiilen tutmak (*capere*) hükümleri daha değişmemişti. Temlik edenle temellük edenin sırf uyuşmaları zilyetliği nakletmiyordu. Yalnız iki halde Klâsik Hukuk – «*brevis manu traditio*» ve «*constitutum possessorium*» da – fiili hâkimiyet değişmeden tarafların mutabakatı ile zilyetliğin naklini kabul etmişti.

Dotis datio'nun mevzuu «*usus fructus*» da olabilir.

Bir hususiyet arzetmesi sebebiyle üzerinde durmak istediğimiz tek mesele «*Dotis datio ante nuptias*» dır. Dos evliliğe balığ olmakla beraber daha evvel de tesis edilebilir. Müstakbel kocaya verilen bu mallar üzerinde mülkiyetin iktisabı derhal olabileceği gibi, evliliğin tahakkuku şartına muallâk olabilirdi. Fakat burada bir tefrik daha yapmak ve durumu aydınlatmak icab eder. Kocanın «iktisab etmesi» nden bahsettiğimiz vakit iki türlü iktisab mevzuu-bahis olabilir: a) Mülk olarak iktisab, b) Dos olarak iktisab. Dotis datio'ya mevzu olan şeylerin ancak evliliğin tahakkuku halinde dos olabileceklerine şüphe yoktur. Müstakbel koca eşyaları temellük etmiş olsa bile evlenme ana kadar eşyalar, dos sayılamazlar. Ezcümle dos eşyanın hasılatı o ana kadar kocaya ait olmaz. Daha doğru bir deyimle durum şöyledir: Koca «*fructus*» u

her zaman alabilir. Fakat evlenmeden sonrakiler, dos'un semereleri sayılacağından «*restitutio*» da talep edilemez. Evlenmenin tahakkuk etmemesi halinde kocaya karşı «*condictio*» açıldığında toplanan bütün semerelerin de tazmini talep edilecektir.

Dotis datio ante nuptias'da kocanın iktisab ettiği hakları tesbit edebilmek için bir tefrik yapmak lâzımdır.

A- *Dotis datio* için *Mancipatio* veya *in iure cessio* kullanılmış olabilir. Bu muameleler «*actus legitimi*» idi. Şarta bağlanmalarına imkân yoktu. Şarta veya vâdeye bağlanmaları hükümsüz olmalarını intaç ederdi. *Mancipatio* veya *in iure cessio* ile kocaya geçmiş olan mülkiyet hakkı tamdı. Ancak, evliliğin meydana gelmemesi halinde kocaya intikal etmiş olan malların iadesi talep edilebilir. Fakat bu bir şartın tahakkuk etmemesi veya bilâkis infisahî bir şartın mevcudiyetine istinad eden bir iade talebi değildi. Zaten böyle olaydı mülkiyet intikal etmemiş olurdu. Bu bakımlardan «*dotis datio*», dos taahhütlerinden sarahatle ayrılır: Dos taahhütleri kaideten evlenmenin vukuu ile hüküm ifade ederdi. Müstakbel kocanın *dotis datio* da mülkiyeti derhal ve tam olarak iktisap etmesi *Mancipatio* ve *in iure cessio* için Klâsik Hukukun kabul ettiği tek hal tarzı idi. Evlilik bu muamelede mülkiyetin intikal etmesi veya etmemesini değil, zaten intikal etmiş mülkiyet hakkının ve semerelerden istifadenin hukukî mahiyetini tasrih eder.

B- *Dotis datio*'nun *Traditio* ile yapılmasında durum başkadır. *Traditio*'da muamelenin şarta bağlanması mümkündür. Müessis evlenme mualesinin icrasına kadar dos'un mâliki kalır. «*Rei vindicatio*» yu şartın tahakkuk etmemesi halinde kullanabilir. Dâvayı nişanın bozulmasından evvel açarsa karşı taraf «*exceptio doli*» dermeyan edebilir. Şartın tahakkuk etmemesi sebebiyle iade ile mükellef tutulan taraf *culpa*'dan dolayı da mes'ul tutulur. Dos eşyalar, daha nişanlısı belli olmayıyan bir kıza – ve evlenmesi şartile – verilmişse bu bir dos tesisi olmayıp şarta bağlı bir hibedir. Burada şart muayyen bir kimseyi hedef tutmamakta, alehtlak evlenmeyi kâfi görmektedir. Kızın nişanlanması, ve sonra nişanın bozulması, şartın tahakkuk etmemiş olması mânasına gelmez. Kaldı ki bu vaziyette *dotis datio*'yu yapan, üçüncü şahıs değil, bizzat evlenecek olan kızdır.

V — ZİMNİ DOS TESİSİ:

Roma Hukukunda dos'un tesisi her zaman – daha doğrusu İustinianus Hukukuna kadar – şekle bağlı muamelelerden kalmıştır. Dos vaadi olarak «*dotis dictio*» ve dos stipulatio'su (*dotis promissio*) böyle olduğu gibi «*dotis datio*» muameleleri de (*mancipatio, in iure cessio*) bu karakterleriyle tebarüz eder. Roma Hukukunun Konsensual akitler sahasındaki inkişafı dos'a hiç tesir etmemiştir. Bu itibarla klâsik hukuk devrinde zimnen tesis edilmiş olan bir dos'tan bahsetmek imkânı yoktur. Vaziyeti bir iki misalle aydınlatmak

faydalı olacaktır. Kadın kocasının evine bir takım eşyalar getirmiştir. Bu eşyaları evde, ev işlerinde kullanmakta ve kullandırmaktadır. Fakat bunların dos olduğu hususunda hiçbir söz teati edilmemiştir. Kadının tavrı hareketi kadar kocasınınki de ehemmiyetlidir. Kocanın da dos'un tesisinde rızası lâhik olmalıdır. Dos «*onera matrimonii*» için verildiğine göre bu işe elverişli olmıyan şeyleri dos olarak kabul etmiyeceğine şüphe yoktur. Bu cihet Pandekt Hukuku zamanında dos tesisinin en mühim unsuru ad edilmiştir. Verdiğimiz misalde koca da getirilmiş olan eşyalar bakımından herhangi bir itirazda bulunmamış, hattâ o da onları kullanmıştır. Meselâ kadının getirdiği bir koltuğa her gün oturmaktadır. Diğer bir misal kadının ilk kocası ile yeniden evlenmesi halidir. Roma Hukuku kaynaklarında bu vak'ayı tekrar tekrar görüyoruz. Kadın ilk kocasından boşanmış, fakat dos eşyaları kocasından daha geri almamıştır. Bir müddet sonra aynı adamla yeniden evlenmektedir. İlk evliliğe ait dos eşyalar kocasının elindedir. Bunlar – zımnen – ikinci evliliğin dos'u kabul edilecek midir?

Roma Hukukunda dos'un sarih olarak tesisi icab eder. Dotis dictio Roma hukukunda şekle bağlı muamelelerin en eskilerindendir. *Promissio dotis* ve *dotis datio* muameleleri de aynı derecede şekle bağlıdır. Bu vasıflarını ancak İustinianus Hukuku ile tamamen kaybetmişlerdir. Dos'un iadesi münasebetiyle bütün bu muamelelerin «*dotis causa*» olduklarını biliyoruz. Şekle bağlı ve merasimli muamelelerden sonra tarafların «*dos tacita*» yı kabul etmeleri veya etmemelerinin ehemmiyeti yoktur. Bir eşyanın dos mahiyetini iktisab edebilmesi için kocanın mülkü olması icab eder. Kadının eve getirdiği ve istimale arzettiği eşyaların zımnen dos olabilmeleri için kocanın zımnen mülkü olmaları icab eder. *Mancipatio ve in iure cessio* da böyle zımnî bir iktisap olamayacağı gibi traditio'da da olamazdı.

§ 10. DOS EŞYALARIN KULLANILMASI

I — DOS EŞYALAR ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI:

a) Manuslu evlilikte: Roma'da en eski devirlerde Manus ile evliliğin tatbik edildiğini biliyoruz. Bu tarz evlenmede dos – pek tabii olarak – kocanın veya pater familias'ının mülkü olurdu. Dos eşya pater familias'ın – veya, kadın *emancipata* ise – kadının mâmelekinden çıkıp, kadın üzerinde manus'u elde edenin mâmelekine dahil olurdu. Bu, kayıtsız ve şartsız bir intikaldir. Kadın bu durumda zaten mâmeleke ehil değildi. Emancipata kadının mâmeleki, dos olsun olmasın, kocasınınki içinde inhilâl ederdi. Manus altına girdiğinden dolayı da evlilik esnasında edindikleri, doğrudan doğruya kocasının mâmelekine dahil olurdu. Koca, kadın vasıtasıyla ikinci elden iktisab etmiş bile sayılamazdı. İktisap «doğrudan doğruya» idi. Kadın mâmeleki olmıyan çocuklar gibi, kocasının mirasçısı olur ve evlenmekle zaten babasından miras almak imkânını kaybetmiş olurdu.

b) Manussuz evlilikte: Dos'un mâliki manus'a sahip olan kimseydi ve tasarruf hakkı mutlakı. O zamanlarda dos'un kocaya yapılan bir hibeden farkı yoktu. Bu görüş bize Manus'un bulunmadığı evliliklerdeki durumu belirtmeye yaradım edebilir: Koca, kadının mâmelekini iktisap etmiyor, fakat «*onera matrimonii*» için bir «bağışın» muhatabı oluyordu. Cumhuriyet devrinde fiili durumda koca dos'un mâliki idi. Cumhuriyet devrinde, dos üzerindeki haklar bakımından ilk değişmelerin başladığını tahmin edebiliriz. Bu zamanlarda Roma'da boşanmaların çok arttığını biliyoruz. Boşanma halinde, dos'un kadına tamamen veya kısmen iadesi, Roma'da daha kadim devirlerde bile koca için bir haysiyet meselesi olmaydı. Fakat eski devirlerde boşanmaların çok nadir olduğunu biliyoruz. Dos'un iadesinin hukuken teminat altına alınması ihtiyacı, bir «*pactum praetorium*» olan «*cautio rei uxoriae*» nin doğumunu intaç etti. Bu «*cautio*» kocanın mülkiyet hakkını teyit etmektedir. Koca mâlik olmasaydı, ondan malın mülkiyetini istemek ihtiyacı kendisini göstermezdi. Zamanla ve çok muhtemel olarak Cumhuriyet devrinin sonlarına doğru Praetor, «*cautio rei uxoriae*» yi yapmamış olanlara da – boşanma halinde – dos'u geri istemek hakkını tanıdı. Bu hak müteakiben kadının ölümü haline de teşmil edildi.

Bu yeni dâvanın, «*Actio rei uxoriae*» nin, daha cumhuriyet devrinin sonlarında ne kadar inkişaf ettiğini bize, dos eşyaların iadesi bahsinde kocanın «*culpa*» dan dolayı mes'uliyeti göstermektedir.

Klâsik hukukta kocanın mâlik olduğuna şüphe yoktur. Fakat bunun yanında kadının da dos ile olan alâkasını unutmamak icab eder. Bu tekâmülün ne kadar alıp yürümüş olduğunu bize Milât sıralarına düşen «*Lex Julia de fundo dotali*» göstermişti.

Gerek karının ve ikinci derecede babasının menfaatları klâsik hukukta dos'un mülkiyeti bakımından daha bir değişiklik meydana getirmemişti. Ancak *patria potestas* altındaki koca dos'un mâliki olmamakla beraber dos eşyaları nezdinde muhafaza etmek hakkına malikti. Mülkiyet Pater Familias'a ait idi.

Dos'un evlilik esnasındaki iadesi meselesi de bize dos eşyalar üzerindeki mülkiyet hakkında bilgi vermektedir. Dos'un evlilik esnasında karıya iade edilmesi, karı koca arasındaki memnu hibelerden addedilmiştir. Koca malik olduğu için dos'u karısına verdiği memnu bir hibe yapmış olur. Dos karıya ait olsaydı durum böyle olmazdı. Klâsikten sonraki hukuku aksettiren metinler bu devirde de kocanın dos'un mâliki ad edildiğini bize gösteriyor: Dos eşyaların çalınmasından dolayı dâva hakkı kocamandı. Koca dos köleleri *manumissio*'ya tâbi tutabilirdi, karı ve usulü dos eşyaların mülkiyeti üzerinde tasarruf edemezler ve onları satamazlardı.

II — İUSTİNİANUS HUKUKUNDA DOS EŞYALARDA MÜLKİYET HAKKI

Dos eşyaların mülkiyeti meselesi İustinianus Hukukunda ve geniş mânasıyla Bizans Hukukunda değişmiştir. Corpus İuris'de karşımıza çıkan hukukun, hangi tesirlerle ve kimler tarafından değiştirilmiş Roma Hukuku olduğu bugün hâlâ münakaşalıdır. Fakat kanaatimizce dos eşyaların mülkiyeti meselesinde durum sarihdir.

Bu bahisteki Yunan hukukunu şu şekilde hulâsa edebiliriz:

A- Dos kadının mülküdür.

B- Kadına ait olan dos eşyalar üzerinde kocanın bir nevi intifa hakkı vardır.

C- Dos, kıza evlilik anında tediye edilmiş müstakbel miras hissesi sayılırdı.

Yunan Hukuku Roma İmparatorluğu toprakları üzerinde asırlarca yaşama devam etmekle kalmamış, Roma Hukuku «istilâsına» muvaffakiyetle mukavemet etmiştir. Bunda yüksek Yunan kültürünün payı büyüktür. Yunan Hukukunun aşağı yukarı 700 senelik bir mukavemetten sonra Corpus İuris Civilis'e - yer yer - girdiğini de görüyoruz. Roma Hukukunun her zaman mer'î ve mutlak hukuk olduğuna inanan Bizanslı Hukukçular muhitin ve ezcümle Yunan Hukukunun müesseselerini Roma Hukuku ile uzlaştırmaya çalışmışlar, fakat çok defa bu işte muvaffak olmamışlardır. Her şeyden evvel kaynaklarını artık tamamadıkları Yunan Hukukuna nüfuz edebilmekten çok uzaktılar. Diğer taraftan Roma Hukukuna da - bir klâsik devir hukukçusunun bilgisi kıstas olarak alınır - çok az vâkıflar. Bu çalışma tarzı içinde Corpus İuris'de, dos eşyaların kimin mülkü olduğu meselesinde birbirine tamamen zıd iki türlü hüküm bulmamız bizi şaşırtmıyor.

1- Dos'un kadının mülkü olduğunu ifade eden hükümler

2- Dos'un kocaya ait olduğunu ifade eden metinler.

(1) metinleri klâsik hukuka nazaran «yeni hukuk» u ifade etmektedir. Buna mukabil (2) metinleri klâsik hukukun ve hattâ klâsikten sonraki hukukun bakiyeleridir.

III — BİZANS HUKUKUNDA :

Bizans Hukukunda - geniş mânasıyla - dos kadının mülküdür. Koca, herhangi bir intifa hakkı sahibi vaziyetinde kalmıştır. Evlenmenin sonunda her hal ve şartta dos'u iade ile mükellefti.

Bize bir intikal devri hukukunun tipik manzarasını veren bu karışık ve mütenakız hükümler daha sonraları, - dar mânasıyla - Bizans Hukukunun içinde tekâmüllerini tamamlamışlar ve sarahat kesbetmişlerdir: Kadın

dos eşyaların mâliki ad addedilmiş ve bütün hükümler bu kaide ile hemâhenk olmuştur.

IV — DOS EŞYANIN SEMERELERİ :

Dos'a ait semerelerin dos'un kendisine (sermayeye) eklenecekleri, sermayeye kalb olacakları hakkındaki anlaşma hükümsüzdür (D. 23,4,4). Çünkü semerelerden istifade edilmesi, onların aile masrafları için kullanılması gayelerini teşkil eder. Şu kadar ki semerelerin bir kısmını karıya bırakmak mümkündür (D. 23,4,28 ve 31). Bunun karı koca arasındaki hibe memnuniyetine mevzu olmaması için anlaşmanın evlenmeden evvel yapılması lâzımdır. Böyle bir anlaşma dos'un gayelerine muhalif değildir. Zira evli kadının kocasından bir miktar para alması normaldir.

Semerelerden istifade hakkından feragat mümkün olmamakla beraber dos'dan tamamen feragat etmek mümkündür. Vakıa burada kadın tamamen dos'suz kalmaktadır (Yahut dos'un bir kısmından feragat edilmişse kısmen dos'suz kalmaktadır). Dos'u alan, semerelerinden istifade etmeyeceğini taahhüt eden koca (D. 23,4,4) evliliğin sona ermesi halinde, semerelerinden istifade edemediği dos eşyaları iade ile mükellef olacaktır. Kocanın iade bahsindeki mes'uliyeti gözönünde tutulursa kocanın burada mukabil ivazını görmediği bir külfet altında kaldığı anlaşılır. Kocanın bu külfetten ve netice itibariyle dos'dan vaz geçmesi ise çok başka bir şeydir. Bu bakımdan kocanın dos'dan tamamen veya kısmen feragati muteberdir.

§ 11. DOS'UN İADESİ

I — UMUMİ ESASLAR

Evlilik boşanma veya ölümle sona erince dos mallarının kimde kalacağı problemi ortaya çıkardı.

Kadının ölümünde «*Dos profecticia*» kocanın mülkü olduğundan nihaî olarak onun mâmelekine dahil olmuş sayılırdı. Dos'un iadesini talep hakkını veren dâvaların da Cumhuriyet devrinde doğduğu tahmin edilmektedir. Çünkü, kızını evlendiren babanın sebepsiz yere dâmadı zenginleştirmek istemeyeceği de çok tabii idi. Boşanma ile sona eren evliliklerde karının veya babasının «*actio rei uxoriae*» ile dos'u istirdat edebilmeleri mümkündü. Karının evlilikte ölmesi ise dâmada sebepsiz bir zenginleşme temin edebilirdi. Dos ailenin masrafları için verilmişti. Kadının ölümü ile bu bakımdan aile kalmamıştı. O devirlerde, doğumların kadınlar için teşkil ettiği büyük tehlike, çok defa genç yaşta ölmelerine sebep oluyordu. Roma mezar taşları arasında «aileyi, genç yaşta ve kısa bir evlilikten sonra bırakmış gitmiş» kadınlara ait olanların çokluğu bunun delilidir. Bu vaziyette dos'u veren babanın,

verdiğini geri alabilmesi hakkaniyete uygundur. Fakat istirdat için «kadının evlilikte ölmesi» gibi umumi bir ölçü de kifayet edemezdi. Uzun seneler sürmüş bir evliliğin sonunda kadın ölmüş olabilir. Bu suretle dos'u veren babanın daha hayatta olması veya olmaması ölçüsüne varılmıştır. *Dos profecticia* peşin ödenmiş bir miras hissesi gibidir. Kız babadan evvel ölmüşse, miras hissesi mevzuu-bahis olamayacağı için dos'un koca tarafından geri verilmesi icap ederdi. Kocanın, kadının o evlilikte doğmuş her çocuğu için de 1/5 i muhafaza edebilmesi de miras hissesi karakterini te'yid ediyor.

Ancak bunlar evlendiği anda *patria potestas* altında olan bir kız için doğrudur. *Sui iuris*'in, «*sui heredes*» olarak miras hissesi yoktu. *Patria potestas* altındaki kızın manus'suz bir evlilik yaptığını kabul edelim. Babanın verdiği *dos profecticia* tam bir miras hissesi karakterini arzeder. Ölen kız *patria potestas* altında idi. Baba, sanki mülkiyeti daha kızına geçmemiş ve binnetice mâmelekinde kalmış olan malını geri alıyordu. *Emancipata - sui iuris* – kız için aynı şey söylenemez. Baba ve kız arasında miras ve mâmelek alâkası yoktur. Babanın bu vaziyetteki kızına «iyi» bir dos vermekten kaçınacağı, hele sıhhati pek yerinde olmıyan kızı için dos'u çekine çekine vereceği bile akla gelebilir. Zira kızın ölümü halinde istirdat imkânı bulamayacaktı. Diğer taraftan daha cumhuriyet devrinin sonlarındanberi – ve hele klâsik hukukta – *Emancipatio*'nun çok arttığına şüphe yoktur. Bu durum karşısında evlenen kızlara, babaları tarafından münasip bir dos'un verilmesini temin için «*emacipata*'ya verilenin de *dos profecticia* ad edileceği» neticesine varılmıştır.

Dos adventicia, kadının evlilik esnasında ölmesi halinde kocanın olur ve iadesi talep edilemezdi. Müessisin hayatta olması veya olmaması burada hiçbir şeyi değiştirmezdi. Evliliğin boşanma ile sona ermesinde ise kadın *dos adventicia*'yı alırdı. Müessis üçüncü şahsın herhangi bir talebi bahse konu olamazdı. Evlilik kocanın ölümü ile sona ermişse kadın bütün «dos»u – ve bu meyanda *dos adventicia*'yı – istirdat edebilirdi. Ancak kocası, karısı lehine bir vasiyette bulunmuşsa kadının dos veya ölüme bağlı tasarruftan birini seçmesi lâzımdı. İkisini birden alamazdı.

Klâsikten sonraki devirde, batıda *dos profecticia* ve *adventicia* arasındaki tefrike artık ehemmiyet verilmediğini görüyoruz. Kadının evlilik içinde ölmesi halinde koca, dos'un yarısını berhayat olan kayın pederine veya kayın valdesine vermekle mükellefti. Bunların daha evvel ölmüş olması halinde dosun tamamını muhafaza ederdi. Fakat kocanın evlilik esnasında ölümü halinde karısının da aynı hak ve mükellefiyetleri vardı: Kayın pederin veya kayın valdesinin daha hayatta olması veya olmamasına göre dos'un yarısını veya tamamını alabilirdi. Karı ve kocayı müsavi seviyeye getiren ve hiçbirinin diğerinden fazla hak elde etmemesi esasına dayanan bu hüküm doğuda hâkim olan te-

mayüllere hiç uymuyordu. İustinianus'un kadın lehine tanıdığı imtiyazlar kadının mirasçalarına kadar teşmil ediyor, kadının *dos adventicia*'yı tesis edenden evvel ölmesi halinde dos'un kadının mirasçalarına – ve her şeyden evvel çocuklarına – kalacağı kabul ediliyordu.

II — ACTIO REI UXORİAE:

Kadının değişen ve genişliyen hakları karşısında «*actio rei uxoriae*» doğmuştur. Bizans Hukukunda kocanın dos'u geri verme mükellefiyeti mutlaklı. *Retentio* hakları yoktu. İustinianus Lex İulia'nın Fundus İtalicus'lara ait olan temlik tahdidini hem her türlü gayrimenkullere ve gayrimenkul rehinlere teşmil ediyor, hem de temlik tahdidini temlik memnuniyeti haline kalbediyor. Artık kadının rızasını alsa bile koca gayrimenkulleri satamamaktadır. Evliliğin sona erdiği andan itibaren menkullerin de temliki mümkün değildi. Kadına, kocanın malları üzerinde umumî bir ipotek tanınmak suretiyle dos'un iadesi teminat altına da alınmıştı. Bâzı bakımlardan bir intifa hakkı sahibinden de daha az hakka sahip olan kocadan dos'un istirdadı için tanınan dâva ise artık eski «*actio ex stipulatio*» değildi. Tarafların – iade hususunda bir – «*stipulatio*» yapmamış oldukları hallerde de bu şartın akitte zımnen mevcut olduğu neticesine varılıyordu. Tatbikatta, bilhassa imparatorluğun şark vilâyetlerinde yapılan dos tesis mukavelelerinde, iade şartının zımnen mevcut olduğu bir hayli zamandan beri kabul edilmekteydi. Evliliğin sona ermesiyle gayrimenkullerin hemen, menkullerin ise bir sene zarfında iadesi lâzımdı.

«*Res uxoriae*» dâvası, kocanın mülkü haline gelmiş dos'un iadesi için olmakla beraber ismi gözden kaçmayacak kadar enteresandır: Kadının malı. «Kadına aidiyeti» kabul edilmiye başlanan bu mallar üzerinde kadının ne gibi bir hakkı vardı? Roma Hukuku başkasının mülkü üzerinde bir istifade hakkını tanımıyordu (C.5.12.30 a istinaden). Dos üzerinde biri «*civile*», biri «*naturale*» iki hak bulunduğu neticesine varamayız.

Klâsik Hukuk devrinin başında, hiç şüphesiz kocanın mülkü olan dos'un iadesi problemi şöyle idi: Dos'un tesisi amında bir iade *stipulatio*'su yapılmışsa «*actio ex stipulatio*» tatbik edilirdi. İade *stipulatio*'sunun yapılmadığı hallerde «*actio rei uxoriae*» tatbik ediliyordu.

Fakat gene klâsik hukuk devrinin başında «*Lex İulia de fundo dotali*» yi de görüyoruz. Bu kanuna göre koca dos «*fundus italicus*» ları karının rızası olmadan temlik edemeyeceği gibi karının rızası lâhik olsa bile bu gayrimenkuller üzerinde ipotek ihdas edemezdi. Dos eşyaların yalnız bir kısmı – *fundus italicus* – için olsa bile bu tahdit, kocanın mülkiyet hakkındaki değişikliği kâfi miktarda belirtmektedir.

Actio rei uxoriae'yi elde eden kadın ile dos eşya arasındaki alâka artmıştır. Kadın dos'un nasıl kullanılacağı hususunda mütelâası sorulan bir

şahıs olmuştu. Kocanın dos eşyaların idaresi bakımından kadına karşı olan mes'uliyeti son derece sarihti: *Culpa*'dan dolayı mes'uldü, kendi mallarına gösterdiği ihtimamı gösterecekti. Kendi mallarına karşı ihtimamsız hareket etmesi de dos malları ihtimamsız kullanmasına sebep olamazdı. Kadının dos eşyalara yönelmiş olan alâkası hâle değil sanki istikbale müteveccihdir. *Lex Iulia*'nın kadına tanıdığı hak da daha çok istikbalini gözetmek içindir. Nitekim bu «istikbal» anı tahakkuk edince, evlilik sona erince, dos eşyanın istirdadı hakkı müessise değil kadına tanınmıştır. Klâsik hukukta boşanma halinde dos'u talep hakkı kadınındır. Kadın hâkimiyet altında ise, hâkimiyet hakkına sahip olan – fakat yalnız kadının rızası ile – iadeyi talep edebilirdi: Eğer kadın boşanmadan sonra fakat iadeyi daha gerçekleştirmeden ölmüşse talep hakkı, yalnız kocanın mütemerrit olması halinde mirasçılara intikal ederdi. Dos esas itibariyle yalnız karı tarafından talep edilebileceği için kadının evlilik esnasında ölümü halinde iade talebi mevzu bahis olamazdı. *Dos adventicia*'nın tamamı kocanın olur, hususî bir «iade stipulatio» na istinad ettiğinden *dos recepticia*'yı veren, evliliğin sona ermesi sebebiyle, onu talep edebilirdi. *Dos profecticia*'yı veren daha hayatta ise, iadeyi «*actio rei uxoriae*» ile talep edebilirdi. Kadının babasından sonra ölmesi normal hal olduğuna göre, *dos profecticia*'nın kaideten koca nezdinde kaldığı söylenebilir. Fakat kocanın ölümünde, kadının dos'u daima geri isteyebilmek hakkı sebebiyle, dos, mirasçılara kalmazdı. Kadın iadeyi gerçekleştirebilirdi.

III — KOCANIN RETENTİO HAKKI :

Kocanın dos mallar üzerindeki hakkı, bu mallar kadın tarafından geri istendiğinde nihaî şeklini bulurdu. Koca ancak bu anda – tenkis hususundaki haklarını ileri sürmekle – hangi eşyaların nihaî olarak mülkü olacağını anlardı. Bu «*retentio*» (muhafaza etmek, elde tutabilmek) hakları muhtelif sebeplere dayanabilirdi: «*Retentio propter liberos*», «*Retentio propter mores*» veya «*propter mores graves*», «*Retentio propter impensas*», «*Retentio propter res donatas*» ve «*Retentio propter res amotas*».

Retentio propter liberos (Çocuklar menfaatine hapis hakkı) = kadının kusurlu olması hâlinde her çocuk için dos'un 1/5 ini muhafaza etmektir; *Retentio propter mores* (ahlâka aykırı hareket sebebiyle hapis hakkı) = kadının ahlâksızlığa dayanan kusurunda dos'un 1/6 ilâ 1/8 nin koca tarafından muhafazası; *Retentio propter impensas* = dos için yapılan masraflar sebebiyle hapis hakkı; *Retentio propter res donatas* = hibe edilen mallar sebebiyle hapis hakkı ve nihayet *Retentio propter res amotas* = karının kocasından çaldığı mallara mukabil dos'a el koymaktı.

Fakat bütün bu iade taleplerinde ve kocanın bunlara karşı tanınmış olan mukabil iddialarında mevcut umumî bir sebepsiz zenginleşme fikrini

değil, dos eşyaların aidiyeti bakımından Romalıların temayüllerini görüyoruz. Kadına verilen talep hakkı, kocada dos eşyanın haksız yere kalması hususundaki temayül kadar, kadının o mallarla olan alâkasını belirtmektedir.

IV — AESTIMATIO DOTIS :

Dos kıymeti takdir edilerek de kocaya verilebilir. Bu vaziyette evlenmenin hitamında dos'un iadesi bazı hususiyetler arzeder. Dos eşyanın kıymeti takdir edilerek verilmesine «*Aestimatio dotis*» denmektedir. Kaynaklar bize bunun birkaç şeklini gösteriyor:

1 — *Aestimatio Dotis taxationis causa.* : Dos olarak verilen eşyaların kıymeti tesbit edilerek verilir. Fakat dos, eşyaların kıymeti olan bedel değil, gene eşyalardır. Kıymetlerinin tesbiti, dos'un iadesi anında zayi olanlarının yerine bedelin verilmesi işini kolaylaştırır ve ihtilâfları önler. Bu haliyle *Aestimatio dotis* tazminatın ölçüsünü de tesbit etmiş olur.

2 — *Aestimatio Dotis venditionis causa denilen* diğer şeklinde ise dos olarak verilen eşyalar kocanın mülkü olur. Koca dos'un iadesi anında takdir edilen bedeli ödemekle mükelleftir. Takdir edilmiş olan kıymeti borçlanmıştır. İsminden de anlaşıldığı gibi kocanın borçlandığı şey, tediyesi evlenmenin sonuna bırakılmış olan bir «semen borcu» dur.

3 — Dos'un iadesi anında kocaya seçim hakkı veren *aestimatio dotis* : Dos eşyaların kıymeti takdir edilerek verilmiştir. Koca muhayerdir. İade anında ya eşyaları veya tesbit edilmiş olan kıymetlerini iade edecektir.

4 — Dos'un aynen değil fakat aynı cins ve nev'iden mal olarak iadesi de kararlaştırılabilir. Bu da bir nevi *aestimatio dotis*'tir. Zira verilen dos malların *aestimatio dotis*'deki gibi tesbiti icab eder.

1. nci şekil (*aestimatio dotis taxationis causa*) dos'un tesisi bakımından herhaangi bir hususiyet göstermemektedir. Tesbit edilmiş olan tazminatın miktarıdır. Dos olarak tesis edilen eşyalar bakımından durum normaldir. Dos'un tesis edilmesinde — hukukî muamele olarak da — bir hususiyet yoktur. 3 numara altında zikrettiğimiz *aestimatio dotis* de kocaya hakkı hiyar verilmiştir. 4 numarada görünen ise hakikî mânasiyle bir *aestimatio dotis* olmayıp kullanılmaları istihlâkleriyle mümkün malların dos olarak verilmesi halinde tatbiki zarurî hükmün ifadesinden ibarettir.

Klâsik hukukta *aestimatio dotis venditionis Causa* metinlere göre alım satım hükümlerine tâbi tutulmuştur. Burada şu noktaya bilhassa dikkat etmeliyiz: Klâsik hukukçular *aestimatio dotis*'i satış ad etmişler, taraflara satıcıya ve alıcıya tatbik edilen hükümleri tatbik etmişlerdir. Sanki mühim cihet karının «satış bedelini» = (dos'un tesbit edilen kıymetini) evliliğin sona erdiği anda — *actio empti* ile değil — dos'a has dâvalarda talep etmesidir.

Aestimatio dotis'de dos eşyanın kıymetinin hakikatten çok düşük tâyini halinde karının kocaya, hakikatten yüksek tâyini hâlinde de kocanın karıya bir hibe niyeti müşahade edilebilir.

Klâsik hukukta *aestimatio dotis*'de yalnız ikinci safha, yani evliliğin sona ermesi halinde satış bedelinin ödenmesi bir satışa eş tutulmuştur. Bu safhanın satışa benzemiyen tek ciheti satışta semen ne olsa ödendiği halde *aestimatio dotis*'de yalnız evlenmenin sona ermesi halinde muaccel olmasıdır. Evliliğin sona erdiği anda dos eşyalar zayi olmuş bulunsa bile, koca tesbit edilmiş olan değerlerini tediye edecektir. Buna mukabil dos eşyaların değeri artmışsa artan kıymeti değil, kararlaştırılan miktarı öder. *Evictio* mes'uliyeti hakkındaki hükümler de satışa eş tutulmuştur. *Aestimatio dotis*'de «*Stipulatio duplac*» yi görüyoruz.

Üzerinde ehemmiyetle durulmaya değer nokta, metinlerde satış gibi muamele gören *Aestimatio dotis*'in hakikaten hukukî bünyesi itibariyle satış olup olmadığı meselesidir. *Aestimatio dotis*'in tesisine temas eden metinlerdeki ifade, aktin aslında satışla ilgili olmadığını ancak sonraları ihtilâfin zuhurunda hukukçu tarafından satış aktine benzetildiği kanaatini uyandırmaktadır. Aktin tesisinde tarafların niyeti hiç şüphesiz bir dos tesisi olmalıydı. Fakat *periculum*'u kocaya geçen bir dos tesis etmek ve bunun için de dos olarak verilen malı misli bir mala tahvil etmek istemiş olacaktırlar. Diğer taraftan, koca tarafından temlik edilemeyen *Fundus*'un da emniyet altına alınması ve kocanın idaresi altında iken kıymetindeki eksilmeden dolayı kocadan gereken tazminatın istenmesini kolaylaştırmak için de *aestimatio dotis*'e müracaat edilmiş olması varittir: Bu da *fundus*'u temlik edemiyen kocanın *periculum*'u deruhte ettiğinin işaretidir.

Herhalde *Aestimatio dotis*'in başta, tesis anında bir dos tesis muamelesi olduğundan ve tarafların iradelerini bu şekilde izhar ettiklerinden şüphe edilemez. Dos'un tesisine ait muamele bir ihtilâfin konusu olduğu anda ve belki de tarafların *litis contestatio*'yu yaptıkları anda mütalâasını veren hukukçu muamelenin bünyesindeki benzerlik sebebiyle ona satış demiş olmalıdır.

Corpus Iuris Civilis'te birçok metinler bize *aestimatio dotis*'in İustinianus Hukukunda aldığı yeni şekli göstermektedir: *Aestimatio dotis* artık «*dotis causa*» yapılan bir satış olmuştur. Klâsik Hukukta yapılan muameleye «*venditionis causa*» deniyordu. İustinianus Hukukunda ise «*dotis causa*» olmuştur. Bu mahiyeti itibariyle artık «hakikî bir satış» olmadığını söyleyebiliriz. Durum, kadının daha çok himaye edilebilmesi için değiştirilmişti.

İustinianus Hukukunda *aestimatio dotis* sahasındaki bu değişme, dos sahasında yapılan umumî değişmelerle hemâhenktir. Zira dos eşyalar hâlâ kocanın mülkü görünmekle beraber fiilen kadının olmuşlardı. İustini-

anus Hukukunda *Aestimatio dotis* kadının hiçbir hal ve vaziyette zarar görmeyeceği bir satıştır.

V — PACTUM'LAR:

Dos'un iadesi bahsinde *pactum*'lar da bizi ilgilendirir. Dos tesisinde yapılan en eski *pacta*, dos'un iadesine taallük eden «*cautiones*» dir. Maamafih bunların da çok eski olmadığı tahmin edilebilir. Manus'lu evliliklerde, dos'u veren Pater familias'ın iade mevzuunda *pactum* yapabilmesi her halde pratik fayda temin etmezdi. Çünkü kadın, koca tarafından *emancipata* olsa bile, bir daha eski Pater familias'ın manus'u altına dönmezdi. Kadının – manus'lu evlenmede – bizzat bir *pactum* yapmasının hukukî neticesi olmazdı. *Pactum*'un diğer âkidi olan kocasıyla evlenmekle, haklar koca nezdinde birleşir ve borç sukut ederdi. Bu sahada Manussuz evlilikte elde edilen neticelerin zamanla Manus'lu evliliklere de tatbik edildiği tahmin edilebilir. Manus'lu evliliklerde bu safhaya varılıncaya kadar kadınlar kocalarına vermek istemedikleri mallarını bir «*pactum fiduciae*» ile üçüncü bir şahsa vermişler, temlik etmişlerdir. Kocanın ölümünde veya evliliğin sona ermesinde kadın, üçüncü şahsa itimada müstenit bir muamele ile temlik ettiği mallarını ondan geri istemiştir.

Dos'un iadesi hakkında yapılan hususî *pactum*'un temin ettiği dâvanın İustinianus Hukukunda «*actio praescriptis verbis*» adını aldığı da kaynaklar söylüyor.

Karının, kocasının ölümünde dos'un istirdadından feragatini mutazammın anlaşma muteber değildir. Bu anlaşma, çocukların mevcudiyeti halinde de muteber olmaz. Zira mirasçıların «*retentio propter liberos*» hakları da yoktu. Buna mukabil, çocukların mevcudiyeti halinde, boşanan kadının dos'u istirdattan feragat etmesi muteberdi. Kocanın bu vaziyette zaten «*retentio liberos*» hakkı vardır.

Pacta ile kadının zarar görmemesine dikkat edilmektedir. Çünkü dos'un mevcudiyetinden faydalanan bilhassa kadındır. Klâsik hukukta da, dos eşyalar kocanın mülkü olmakla beraber kadının himayeye lâyık bir menfaati vardır. Kadın lehine vaz edilmiş olan himaye de kadının bu menfaatini teyid etmektedir. Fakat bu himaye, sırada kadından sonra menfaatleri bulunanlara kadar gitmemektedir. Bu sebeple kadının ölümü halinde dos'un babasına iade edilmeyeceği hakkındaki anlaşma muteberdir. Zaten kadının ölümü halinde – çocuklar bulunsun bulunmasın – koca yalnız *dos profecticia*'yı – o da müessisin daha hayatta olması halinde – iade ile mükellefti. Çocuklar varsa beheri için 1/5 ini alkoyabilirdi.

Dos'un karıya iadesinde kocaya müteamil'in fevkinde bir mehil tayınan anlaşmalar da muteber değildir. Ferdiyle muayyen eşyaların derhal,

nev'iyle muayyen olanların üç sene içinde iadesi lâzımdır. Buna muhalif bir anlaşma muteber addedilmemektedir.

Kocanın, dos'u idaresi esnasında yalnız *dolus*'tan dolayı mes'ul olacağı, *culpa* dahil diğer mes'uliyetlerden berî olacağı hakkındaki anlaşmalar da hükümsüzdür. Bu da kadının haklarını ihlâl etmektedir ve «*contra bonus mores*» ad edilmiştir. Roma hukukunda diğer hukukî muamelelerde «*culpa*» dan beraat şartı muteber olduğu halde burada muteber ad edilmemesi kadının korunması için gösterilen hususî ihtimamın delilidir. Dos eşyaların korunmasında kocanın mes'uliyeti üçüncü şahsa ait eşyaların ziyayı ve hasarında – mâlik olmıyanın – mes'uliyetine eşittir. Bu da dos eşyaların iktisaden kocadan ziyade kadına ait olduğunun delillerindedir.

Kocanın hakları da – tıpkı kadınlıklar gibi – korunmuştur. Dos ile ilgili haklarının munzam anlaşmalarla ihlâlî tecviz edilmemektedir. Kadına tanınan himaye umumiyetle «durumunun hiçbir şekilde fenalaştırılmaması» gibi umumî bir formülle ifade edilebildiği halde kocaya tanınan himaye için bu umumî hükmü vaz edemeyiz. Kocanın dos'un iadesi anında «*Beneficium Competantiae*» dan istifade etmeyeceği hakkındaki *pactum* da hükümsüz ad edilmiştir.

Kocaya tanınan bu hak babalarının mirasçısı olan çocuklara da tanınmıştır. Dos'un üçüncü bir şahsa iade edileceği hakkında *pactum* yapılamazdı. Burada Roma Hukukunun umumî kaidelerini tekrarlamak lâzımdır: Bir anlaşmadan üçüncü bir şahsın faydalanabilmesi, dâva hakkı elde edebilmesi bu üçüncü şahsın yapılan anlaşmaya – veya akte – fiilen iştirâk etmesi (veya daha doğru bir ifade ile üçüncü şahıs olmaktan çıkıp taraf olması) suretiyle mümkündür. *Stipulatio*'yu bu bakımdan misal olarak alabiliriz. Üçüncü şahsın dâva elde edebilmesi muamelenin tarafı haline gelmesine vabesteydi.

Dos'un tesisi anında, tevarüs'ü nihâî olarak hal etmek gayesiyle yapılan *pactum*'lar da muteber ad edilmemiştir. Burada da ya üçüncü şahıs lehine şartlar veya evlenenlerin haklarını azaltan anlaşmaları mevzuubahis olabilir. Her iki noktai nazardan Klâsik hukuk bu anlaşmaları tecviz etmemiş ve İustinianus hukuku da klâsik hukukun vardığı neticeyi aynen benimsemiştir.

§ 12. PARAFERNA

I — MAHIYETİ:

«*Paraferna*» *sui iuris* kadına evlenmesi münasebetiyle verilen, ve onun tarafından kullanılabilen eşyalar olduğu gibi, umumiyetle dos dışında kalan ve kadın tarafından istediği gibi kullanılabilen şeyleri ifade eder. Dos dışında bırakılan ve kadın tarafından istediği gibi kullanılabilen eşyalar Roma Huku-

kunda çok eski zamanlardan beri vardı. M.E. 169 senesinde «*bona recepticia*» ismi altında dos dışı bırakılmış, kadın tarafından kullanılan eşyalar görüyoruz. Kadın, eğer *sui iuris* ise bu eşyalar üzerinde tam tasarruf hakkı vardır. Eğer *alieni iuris* ise belki bir «*peculium*» a sahiptir.

İustinianus Hukukunda, kadın «dos» dışında kalan bu malların idaresini kaideten kocasına bırakırdı. Kocasını bu eşyaları, kendi mülkü imiş gibi idare eder ve karısı namına icap eden dâvaları açardı. Fakat bu dâvalarda koca taraf olarak görünürdü. *Paraferna* malların yalnız hasılatını alabilen koca sermayeyi daima muhafaza etmeğe mecburdu. Elde edilen hasılatı karıya vermeğe – veya evin masraflarında kullanmaya-mecburdu. Kadının, kocasına teslim ettiği *Paraferna* için kanunî bir ipotek hakkı da vardı. Koca, *Paraferna*'yı idare ederken «*culpa in concreto*» ölçüsüne göre mes'ul sayılırdı.

Paraferna'nın bu mahiyeti itibariyle dos'a çok yaklaştığından şüphe edilemez. *Onera matrimonii*'ye hizmet etmesi bakımından dos'un en mühim unsurlarından birini onda da görüyoruz. Diğer taraftan «*paraferna*»dan aile için sarf edilmiş olan hasılatın karı tarafından bir daha geri istenemeyeceği hükmü de bunu ifade ediyor. İustinianus hukukunda *Paraferna* daha nüve haliadedir. Dos'a ait bütün hükümlerin yanında yeni bir «karı koca malları rejiminin» nüvesidir. Bu rejim, bugünkü hukukumuzun mal birliği ve bazı bakımlardan mal ortaklığı rejimlerine doğru gidiştir. Bu yeni rejimin inkişafı «dos» un değerinden kaybetmesine muvazi olmuştur.

II- DOS VE PARAFERNA'NIN FARKI:

Kocaya iktisadî bakımdan bir fayda temin etmeyen dos eşya ile kocaya sadece muhafaza için teslim edilen ve kocanın mâmelekine dahil olmayan *Paraferna*'yı birbirinden tefrik etmek icab eder. *Paraferna* kadına ait eşyadır. Onun mülküdür. Fakat evlilik müddetince kocaya teslimi mütaddı. Klâsikten sonraki hukukta bu malların *onera matrimonii* için verilmiş olduğu telâkkisi galebe çaldığı vakit de kocanın mâmelekine dahil olmamışlardır. Bu mahiyetleri itibariyle, karı koca arasındaki mal birliğinin ilk alâmeti sayılabilir. Bu tekâmül safhasında, Bizans Hukukunda, kocanın dos eşyalardaki mülkiyet hakkına da artık tesadüf etmiyoruz.

§ 13. DONATIO ANTE NUPTIAS

I — MAHIYETİ

«*Donatio ante nuptias*» nişan hediyelerinden tamamen ayrıdır. «*Donatio ante nuptias*» erkeğin nişanlısına verdiği bir hediye olmakla beraber, dos'a karşılık verilen mukabil bir dos'a benzemektedir. Kaideten nişanlısından bir «*donatio ante nuptias*» alan kız bunu olduğu gibi kocasına geri verir ve dos

olarak tesis ederdi. Evliliğin sona erdiği anda dos'u geri alan kadın kocasının eskiden verdiği «*donatio ante nuptias*» ı da beraber istirdat ederdi. Kadın bu suretle elde ettikleriyle istikbalini sağlamış olurdu. Diğer tarftan da kocası boşanma halinde karısına ödemeğe mecbur olduğu dos'u ve ilâveten *donatio ante nuptias*'ı düşünerek yerli yersiz boşanmaktan çekinirdi. *Donatio ante nuptias* bu haliyle bir cezaî şart karakterini de arz ederdi. *Donatio*'nun nişanlanma esnasında yapılması karı koca arasında memnu olan hibelere dahil olmasını önlüyordu. Bu hukukî müesseseyi Klâsik Roma Hukukunda görmüyoruz. Yunan ve Yakın Şark tesiriyle Roma Hukukuna dahil olmuş ve ilk defa M.S. III.cü asrın sonlarında kullanılmıştır. Daha sonraları «*donatio ante nuptias*» dendiği gibi «*sponsalicia largitas*» terimini de görmek mümkündür.

II — DONATIO PROPTER NUPTIAS

İustinianus Hukukunda «*donatio ante nuptias*» isim ve mahiyet değiştirerek «*donatio propter nuptias*» haline gelmiştir. Evlilikten evvel verilmesi şartı kayboluyor ve kocanın bir malı «*donatio proptes nuptias*» gayesiyle karısına tahsis etmesi kifayet ediyor. Bu muamelede hibe yasağı da nazarı itibara alınmıyor. İustinianus Hukukunda «*donatio propter nuptias*» kocanın karısına verdiği bir «dos» gibidir. Bu mahiyeti itibariyle İustinianus'un getirdiği yenilik «dos» mefhumunu – onu verenler bakımından – genişletmiş olmasıdır. Fakat hakikatte iki tarafın mükellefiyetlerini genişletmek ve müsavi hale getirmek suretiyle (dos ve *donatio nuptias*'ın birbirine eş olması) şartının aranması, kadının babasına tahmil edilen dos verme mükellefiyetine mukabil, erkeğin babasına *donatio propter nuptias* verme mükellefiyetinin tahmili, *collatio* mükellefiyetinin gerek erkek, gerek kadın için eş olması v.s., karı koca malları rejiminde mal birliğine ve ortaklığına doğru yolu açmış bulunuyordu. Hıristiyanlığa göre eşlerin evliliğin yüklerine ve masraflarına müştereken ve eş şartlar içinde iştirâk etmeleri lâzımdır.

II. KISIM

ROMA AİLESİNDE HAKİMİYET MÜNASEBETİ

§ 14. PATRIA POTESTAS

I — MAHİYETİ:

Yukarıda izah ettiğimiz gibi Familia, Roma Hukukunda en geniş mânası ile aile topluluğunu ve onlar üzerindeki hâkimiyetin esasını ifade ediyordu. İlk devirlerde bu mefhum *Patria Potestas* altında olan bütün şahısları içine alırdı. *Patria Potestas*, aile reisi yani *Pater Familias*'ın agnatik mânada ailesine dahil bütün çocuklar, torunlar ve bu aileye dahil diğer kimseler üzerindeki hâkimiyeti ifade ediyordu. *Pater Familias*, kelime itibariyle aile «Baba» sı mânasına gelmekle beraber, bu şahsın mutlaka «baba» olması icab etmezdi. Torunları ve torunlarının çocuklarına nazaran baba olmamakla beraber, onlara nazaran «Büyük baba» ismini değil, gene «*Pater Familias*» ismini taşırdı. Terimin bu şekilde kullanılışından da anlaşılacağı veçhile Roma Hukukunda *Pater Familias* müessesesi çocuklar veya torunlar vasıtasıyla tesirini gösteren, vasıtalı bir hâkimiyet münasebeti olmayıp *Pater Familias*'ın ailesine dahil her fert üzerinde vasıtasız ve tek dereceli olarak kullandığı bir hâkimiyettir. *Pater Familias* bakımından, *Patria Potestas*'ını kullanışında çocuğu, torunu veya torununun çocuğu arasında fark yoktur ve hepsi *Pater Familias* karşısında aynı durumdadırlar. *Patria Potestas*'ın tesiri yalnız *Pater Familias*'ın sulbünden gelen çocuk ve torunlar üzerinde kendini göstermez, aynı zamandan aileye sun'î bağlarla bağlanmış olan, evlât edinilmiş olan çocuklar üzerinde de kendisini gösterirdi. Romalılar doğrudan doğruya *Pater Familias*'ın sulbünden gelen çocuklarla, aileye bir hukukî muamele ile – ez-cümle *Adoptio* ile – dahil olanlar arasında hiçbir fark gözetmez. Hattâ aile bağının tabii veya sun'î olması Romalılar bakımından ehemmiyetli değildir. Biz mevcut kayıtlardan *Patria Potestas* altında olan çocukların kan rabitası ile *Pater Familias*'a bağlı olup olmadığını anlayamayız.

Pater Familias'ın ailede emri altında olan Hürlerin yanında (Roma Hukukunda *liberi* = hürler terimi bu suretle zamanla «çocuk» mânasında kullanılmıştır), bir de hür olmıyanlar (*servus*) vardı. İlk zamanlarda her

iki zümre üzerindeki hâkimiyet hakkının değişik olmadığı söylenebilir. Her ikisi de Pater Familias'ın kayıtsız şartsız hâkimiyetine ve aynı şekilde tâbi idiler. Bu hâkimiyet hakkının mülkiyet hakkından da pek farklı olmadığı tahmin ediliyor. Pater Familias, ailesine tâbi kimselerin sahibi idi. Zamanla ve nispeten çok eski zamanlarda Pater'in bu hâkimiyet hakkı iki değişik şekil aldı. *Liberi* üzerinde mevcut hâkimiyet *Patria Potestas* oldu, *servi* üzerindeki hâkimiyet ise mülkiyet olarak kaldı. Ancak ilk devirlerdeki telâkinin bakiyesi daha uzun zaman kaynaklarda karşımıza çıkmaktadır. Pater Familias çocuklarını temlik edebilmekte ve onlara tertip edilecek cezalar bakımından -ölüm cezası dahil- eski durumunu muhafaza etmektedir. Roma Aile Hukuku bu sahada devamlı bir tekâmül manzarası göstermekte ve Pater Familias'ın bu türlü selâhiyetleri de tedricen kaybolmakta veya değişikliğe uğramaktadır.

II — PATRIA POTESTAS'IN SEBEPLERİ:

Pater Familias'ın hâkimiyeti altında olan şahıslar değişik sebeplerden dolayı bu hâkimiyete tâbi olabilirler. *Manus*'a tâbi olan kadın, ister Pater Familias'ın karısı olsun, ister çocuklardan birinin karısı, *Patria Potestas*'a tâbi idi. Yalnız Pater Familias'ın hâkimiyeti altında olan karısı *Mater Familias* lâkabını kullanabilirdi. Kendi ailesine bağlı kalmış olan, *manus* olmadan evlenmiş olan kadın ise kendi Pater Familias'ının *Patria Potestas*'ına tâbi kalır ve *Mater Familias* sayılmazdı.

Patria Potestas altında olan en geniş zümre *Familias*'ın çocukları idi. Bu çocuklar *Iustum Matrimonium*, yani *Ius Civile* hükümlerine göre muteber bir evlilikten doğmuşlarsa Pater Familias'ın hâkimiyeti altında olurlar. Aşâğıda *Patria Potestas*'ın doğumu bahsinde bunu daha etraflı göreceğiz. Nesebin tashihi suretiyle (*Legitimatio*) aileye girmiş olan *Concubinatus* çocukları da *Matrimonium Iustum*'dan doğmuş olanlar gibi *Patria Potestas*'a tâbi idiler. Aynı şekilde evlât edinilenler de hakikî çocuklardan tefrik edilmezdi.

Patria Potestas'a tâbi son zümre ise aileye, ailenin çocuğu olarak değil de temellük edilmiş bir mal gibi giren hürler idi. Bunlara *ius causa mancipii* olan kimseler denirdi. Bir *Familia*'ya şahıstan ziyade, bir eşya gibi girmişlerdir. Buna rağmen köle muamelesi görmezler, *Patria Potestas*'a tâbi hür gibi *Familia*'ya girerlerdi.

III — AİLENİN MAMELEKİ (MAL VARLIĞI):

Pater Familias'ın aile içindeki hâkimiyeti bir taraftan şahısların hayat ve mematına kadar giderken, (Roma Hukukunda *vitae necisque* aynen hayat ve mematı ifade ediyor) bu selâhiyet zamanla azalmış ve bir zamanlar tedip hakkı bir aile meclisinin mürakabesine de tâbi tutulmuştur. Buna mukabil Pater Familias'ın aile mâmeleki üzerindeki hâkimiyeti Klâsik Roma Hukukunun ötesine kadar gitmiştir. Aile mâmeleki ile burada kast ettiğimiz Pater

Familiâs'ın mâmelekidir. Roma Hukukunda aile çocukları (*Filius Familias*) ayrı bir mâmeleke sahip değildir. Hukûken ayrı kazançları olamaz. Bütün iktisap muameleleri Pater Familias namına yapılır ve hepsi bir tek mâmelek içindir. Pater Familias'ın mâmelek sahasındaki bu selâhiyeti – veya başka bir deyimle mâmelek sahasındaki bu hâkimiyeti – zamanla azalmamış hattâ, bil'akis kuvvetlenmiştir. Cumhuriyet devrinde ve ondan evvelki zamanlarda Pater Familiâs'ın Familiâ'ya dahil hür şahısların mâmeleki üzerinde yalnız bir tasarruf ve idare hakkı bulunduğu, mülkiyet hakkının ise Patria Potestas'a tâbi şahısların kendilerine ait olduğuna dair kaynaklarda çeşitli alâmetler vardır. Gaius Institutiones'in II 157 de mirasçıların vasıfları ve farkları bahsinde «bu mirasçılara *sui* ismi verilir. Çünkü aile içinde bulunurlar ve babaları hayatta iken bir nevi malik sayılırlar» deniyor.

Eski devirlerde aile evlâtlarının aile mâmeleki üzerinde bir hakkı olduğu kabul edilmiş olsa bile, çocuk hayatı müddetince bu hakkı kullanamaz durumda idi. Aneak Pater Familias'ın ölümünden sonra çocuklar Familia mâmelekinin hisselerine düşen kısımları üzerinde tasarruf hakkını elde ederlerdi. Bu arada Roma Hukukunda nâdir olmakla beraber aile mâmelekinin parçalanmadan kalması ve bütün mirasçılar tarafından bir elden idare edilmesi halini de görüyoruz. Bu takdirde bütün mirasçılar ayrı ayrı bütün aile mâmelekinin tamamı üzerinde tasarruf hakkı elde ederlerdi. Bu durum hâkimiyet hakkının mahiyeti ile kolayca izah edilebilir. Mallar parçalanmamış olduğundan dolayı hâkimiyet hakkı bütün bu eşyaların her cüz'ü üzerinde var farz edilirdi.

IV — FİLİUS FAMILİAS'IN HUKUKİ MUAMELELERİ :

Filius Familias'ın her iktisap ettiği Pater Familias tarafından iktisap edilmiş gibidir. Hukukî muamelelerinden dolayı Pater Familias'ı borç altında bırakamaz, fakat ona fayda temin eden iktisap muameleleriyle kendisini mâlik kılardı. Filius Familias'ın hukukî muamele yapma ehliyetinin mahdut olduğu zannedilmemelidir. Yaş itibariyle gereken ehliyeti elde etti mi hür bir Roma vatandaşı olarak her türlü hukukî muameleleri yapabiliirdi. Yalnız bu muameleleri yerine getirebilecek mâmeleke sahip olmadığı için bunların ifası, mâmeleki elde ettiği zamana bırakılmış olurdu. İktisap muamelelerinde ise iktisap edilen eşya Pater Familias'ın, veya başka bir deyimle Familias'ın mâmelekine girmiş olurdu.

Filius Familias'ın haksız fiillerinden dolayı mes'uliyette de aslında vaziyet değişik değildir. Pater Familias bu borçlardan dolayı mes'ul değildir. Aneak bu borçların yerine getirilmesi Roma Hukukunda şahsî öç fikrinden intikal ettiği için *Filius Familias*'ın tâkibi şeklinde tecelli ederdi. Haksız fiilden doğan tazminat borcunu, mâmeleki olmaması sebebiyle yerine getiremeyen Filius Familias, şahsî öçden kendisini kurtarabilecek bir imkâna

malik değildi. Filius Familias'a karşı tatbiki istenen şahsi öcünden dolayı Pater Familias esas itibariyle mes'ul olmamakla beraber, yani kendisine karşı bir şahsî öc tatbikine gidilemeyeceği halde, eğer Filius'a karşı şahsî öcün yerine getirilmesine mâni olmak isterse o zaman şahsen de mes'ul olur (*Noxal* mes'uliyet). Bu takdirde ya haksız fiilin mes'uliyetini şahsen deruhte eder veya *filius*'u şahsî öce terkederek kendisi aradan çıkar.

Filius Familias'ın kendisine tahsis edilmiş ayrı bir mâmelek kısmı (*Peculium*) bulunduğu hallerde de durum pek değişmezdi. Vâkıa ilerde göreceğimiz veçhile *Filius*, *peculium* ile mâmeleki bakımından kısmen müstakil olur. *Peculium* hudutları içinde istediği gibi hukukî muameleler yapabilir. Fakat bir yandan yaptığı hukukî muamelelerinden dolayı *Peculium* ile mahdud bir mes'uliyetin doğması ve Pater Familias'ın da bu hudut dışında kalan borçlardan dolayı mes'ul olmaması *Peculium*'un umumî prensibi bozmadığını gösterir. Diğer taraftan *peculium* Filius'un ölümü halinde Familia mâmelekine geri döner. Burada da her ailenin tek bir mâmeleke sahip olduğu ve bu mâmelekten dolayı sorumlu olan kimsenin yalnız Pater Familias olduğu ve çocukları vasıtasıyla yaptığı iktisaplarda bizzat Pater Familias'ın iktisapta bulunduğu kaidesinin değişmediği görülmektedir.

Esas itibariyle Roma Ailesi, bir arada yaşayan ve iktisadî bakımdan bir bütün teşkil eden ailedir. Filius Familias ailede kahr, emeğini aileye tahsis eder ve Pater Familias'ın yardımcısı olurdu. Burada Pater Familias'ın köleleri üzerinde haiz olduğu intifa hakkına çok yakın bir hakka sahip olduğu söylenebilir. Aile içinde kalan çocukların mesaisi aileye aitti ve bundan Pater Familias istifade ederdi. Aile fertlerinin iktisap ettiği haklar *ipso iure* aile reisine intikal eder ve buna karşılık mesaisini aileye tahsis eden Filius'un bir karşılık beklemesi bahse konu olmazdı.

§ 15. PATRIA POTESTASIN DOĞUMU

Patria Potestas ya müsbet hukuk tarafından kabul edilmiş olan bir durumdan veya bir hukukî muameleden doğardı.

I -- PATRIA POTESTAS'IN KANUNDAN DOĞUŞU :

Patria potestas'ın hukukun hususî bir ehemmiyet atf ettiği doğum ile başlaması tabii haldir. *Iustum Matrimonium*'dan doğan çocuğun doğrudan doğruya *Patria Potestas* altına düşebilmesi için, evlilik esnasında, evlenmeden sonra 180 gün içinde veya evliliğin ortadan kalmasından sonraki 300 gün içinde doğması lâzımdır. Bu şartlar içinde doğan çocuk *ipse iure* aile reisinin *patria potestas*'ı altına girerdi. Bu sebepten dolayı evlilik dışı doğan çocuklar *Patria Potestas* altına girmezlerdi. Çünkü bunların babaları ile hukuken bir ilgileri yoktu. Ancak *Concubinatus* çocuklarında anne doğumdan sonra da olsa çocukların babası ile evlenirse bu çocukların nesebi tashih edilir (*legiti-*

matio) ve çocuklar baba hâkimiyeti altına girerlerdi. Nesebin tashihine imkân kalmamışsa ve ezcümle anne ölmüşse istisnâ olarak bir İmparator *rescriptum*'u ile çocukların nesebi tashih edilebilir ve bu çocuklar bu şekilde Patria Potestas'a tâbî olurlardı.

Bu çocukların evlilikten neş'et etmediklerini ve babalarının koca olmadığını ispat hakkı mahfuz idi. Ancak bunun ispatına kadar çocuğun babadan olduğu karinesi vardı. Bu karinenin haricî mesnedi evliktir. Evlilik esnasında doğan çocuğun babası kaideten kocadır. Roma Hukukundan bu güne kadar intikal etmiş olan bu kaidenin Roma'da yalnız *İus Civile* evlilikleri için mevcut olduğunu unutmamalıdır. Babanın Romalı olmadığı *İus Gentium* evliliğinden doğan çocuk ananın hâkimiyeti altına düşmezdi, zira anne Patria Potestas'a sahip olamazdı, Romalı olmadığı için Patria Potestas kullanamayan babanın hâkimiyeti altına da düşmezdi.

II — PATRIA POTESTAS'IN HUKUKİ MUAMELE İLE TESİSİ:

Patria Potestas, bunun tesisi gayesiyle yapılan bir hukukî muameleden de neş'et edebilirdi. Bu, bir kimsenin evlât edinilmesidir.

Evlât edinme muamelesi iki şekilde yapılabilirdi. Ya bir Pater familias yalnız bir kimseyi tek başına evlât edinir ve onu o ana kadar Pater Familias'ı olan kimseden hukuken ayırır veya bir Pater Familias başka bir Peter familias'ı evlât edinir, bu suretle o kimse ile beraber bütün filius familias'lar da yeni Pater Familias'ın hâkimiyeti altına geçerdi. Birincisine *Adoptio*, ikincisine *Arrogatio* denirdi. Bu iki şekilde evlât edinmeyi daha yakından tetkik edelim.

A- Arrogatio:

Yalnız Roma Hukukunda değil, bütün eski hukuklarda evlât edinme, bugünkü ile mukayese edilemeyecek kadar mühim bir rol oynardı. Bütün eski medeniyetler ailenin devam etmesi, ailenin sönmemesi fikrini kuvvetle temsil etmektedirler. Aile ocağı dinî bakımdan da mukaddestir. Bu ocağın sönmemesi lâzımdır. Aile müşterek bir ilâh tarafından himaye edilir (*Lar Familiaris*) ve buna tâbî olan insanların kaybolmaması lâzımdır. Lar, ilk zamanlarda ailenin ocağı başında, yani ailenin hergün akşamları toplandıkları yerde bir ayinle zikredilir. Aile ocağının sönmemesi Roma'da maddî bir mâna taşıdığı gibi (ateş yakmanın güçlüğü karşısında devamlı şekilde yanan bir ateşin bulunması), aynı zamanda temsili bir mânası da vardır. Roma ailesinde bir nevi aile dini vardır. Bu din İmparatorluk zamanında zayıflamaya başlar. Buna sebep, o devirlerden sonra İmparatorların kendilerini ilâhlaştırmaları idi. Bu suretle her ailede eskisi gibi yalnız ailenin dini ve bu arada ailenin geçmişleri için âyin yapılmakla kalınmaz, aynı zamanda imparatorun «Genius» u için de âyin yapılırdı. Ailelerde çok defa ocak, eski mukaddes yerini zamanla kaybetmiş ve onun yerine İmparatorluk devrinde her zengin Romalının

evinde bulunan küçük, hususî mâbetler kaim olmuştu. Bu ufak ve hususî mâbetler, sonraları hıristiyanlıkla beraber zengin ailelerde ufak kiliseler olarak yaşamaya devam etmiştir.

Her halde Romalılarda ailenin sona ermemesi hissi hususî surette kuvvetli idi. Erkek evlâdı olmadığı için ailesi devam edemeyecek olan Romalı, ailesinin sönmemesi için sun'î bir vasıtaya müracaat eder ve kendisine hukukî bir muamele ile Filius Familias temin ederdi. Burada, insanların ölümünden sonra da hatırlanmaları ve bir bakımdan yaşamiya devam etme arzularının tezahürünü görüyoruz. Ecdadın yad edilmesi şeklinde tezahür eden Roma aile dini, aile devam ettikçe her Romalının devamlı surette hatırlanması ve yad edilmesi imkânını sağlardı. Roma'da mezarlıkların ziyareti, ecdadın evde büst veya resimlerini muhafaza etmek, hep aynı hislerin tezahüratıdır. Bugün evlât edinme muamelesi daha çok evlât edinenin şahsî temayüllerine ve hislerine göre yapılmasına mukabil, Roma'da ailenin istikbali ile ilgili ve zümre menfaati ile yakından bağh bir müessese idi. Burada zümre menfaati derken bir taraftan evlât edinenin ailesini gördüğümüz gibi, diğer taraftan Roma cemiyetinin menfaatini de kast ediyoruz. Bu bakımdan evlât edinmenin daha eski şekli olan *arrogatio*'da yapılan muamelenin âmme namına kontrol edildiğini görmekteyiz.

Evlât edinme muamelelerinde *Arrogatio*'nun daha eski ve bir zamanlar tek kullanılan şekil olduğu tahmin ediliyor.

Arrogatio, *Comitia* meclisi önünde yapılırdı. Bu muamele, *Curia*'ların halk meclisleri halinde toplantısında olurdu. *Pontifex Maximus*, yani Romanın en büyük rahibi meclise riyaset ederdi. En eski devirlerde *comitia* meclisi yalnız dinle ilgili işlerde karar vermek selâhiyetine mâlikti. Bu bakımdan bu muamelenin de aile dini ile ilgili bir muamele olduğu anlaşılıyor. *Arrogatio* ile bir Roma ailesinin sona erdiği ve başka bir ailenin içinde inhilâl ettiği düşünülürse bunun Roma Halk Meclisinden geçirilme ve ancak onun tasvibiyle tekemmül edebilme sebebi anlaşılır. *Comitia* meclisi yalnız Roma'da bulunduğundan ve yalnız orada toplanabildiğinden, muamelenin eyaletlerde yapılması mümkün değildi. Bu hüküm, İmparatorluğun sonlarına yakın zamana kadar devam etti. İmparator Diocletianus zamanında İmparatorun yazılı bir mektubuna istinaden (*rescriptum*) *arrogatio*'nun yapılabileceği kabul edildi. Bu yeni şeklinden sonra da *arrogatio*'nun eski şeklinde yaşamiya devam ettiği ve ancak milâttan sonra 4 üncü asırda ortadan kaybolduğu biliniyor.

Bu muamele ile *Pater Familias* bütün mâmeleki ve *Familia*'sının bütün fertleri ile diğer bir *Pater Familias*'ın hâkimiyeti altına geçerdi. Kadımlar *Pater Familias* olamayacakları için ve reşit olmıyanlar bir ailenin mukadderatı hakkında muteber bir beyanda bulunamayacaklarından *arrogatio*

muamelesinde taraf olamazlardı. Başkasının hâkimiyetine tâbi olanlar da Pater Familias olmadıkları için Arrogatio yapamazlardı. Bu gibi kimseler ancak az sonra göreceğimiz *adoptio* ile evlât edinelirlerdi. Sonraları arrogatio muamelesinde bir yaş haddi konmuş ve evlât edinenin en az 60 yaşında olması vaz edilmiştir.

Hukukî mahiyeti itibariyle yapılan muamele sonunda halk meclisi bir kanun isdar etmiş gibi olurdu. Bu bakımdan kanun gereğince ailelerden biri sönerti. Halk meclisi bu husustaki rızasını beyan etmeden evvel huzurunda arzularını tekrarlayan tarafları dinler ve sonra hükmünü verirdi. Bu hali ile halk meclisi önünde mirasçı tâyin muamelesinin hemen hemen eşidir.

Sonraları Halk Meclisinin kararı yerine İmparatorun Rescriptumunun geçmesi aynı karakteri belirtiyor. İmparator rescriptum'ları artık kanun vaz etmekte de kullanılır olmuştu.

Justinianus Hukukunda Arrogatio aslî karakterini artık kaybetmişti. Aslen bir ailenin diğer bir *gens*'e iltihakı mahiyetinde iken artık mâmelek bakımından birçok istisnâ hükümler ihtiva eden ve tam mânası ile bir ailenin diğerine intikali olmıyan bir evlât edinme haline gelmiştir. Yeni şekli ile evlât edinilen mâmelekine gene sahiptir. Mülkiyet kendisindedir, yalnız intifa ve idare hakkı evlât edinen kimseye geçmiştir. Artık bir ailenin diğer bir *gens* içinde mâmelek ve hâkimiyet hakkı bakımından inhilâl ettiği devir geçmiştir.

Arrogatio'da mâmelekler bakımından bir birleşmenin yanbaşında, evlât edinilen bakımından bir *capitis deminutio* hali de vardır. Bu bakımdan evlât edinilen şahsî borçları sukut ederdi. Burada Praetor birtakım fiktiv dâvalarla bir hal çaresi aramış ve eski alacaklıların mağdur olmamasını temine çalışmıştır.

B- Adoptio:

Yalnız bir kimsenin evlât edicildiği ve ailelerin mevcudiyetiyle ilgili olmıyan *Adoptio*, arrogatio'dan çok daha yenidir. Roma Hukuku bu muameleye arrogatio'ya verdiği ehemmiyeti vermemiştir. *Adoptio*'nun daha yeni olduğu, kendisine has müstakil bir muamele şekli bulunmamasından da bellidir.

Evvelâ evlâdını başkasına evlât olarak verecek olan pater familias, çocuğunu üç defa *mancipatio* ile satardı. Bilindiği gibi karşı taraf filius'u ilk iki *mancipatio*'dan sonra âzâd eder ve bu suretle çocuk gene derhal babasının hakimiyeti altına dönerdi. Bu iki azatlanma muamelesinden sonra üçüncü *mancipatio* yapılır ve bu defa çocuk yeniden azatlanmazdı. Bu suretle çocuk arada mütavassıt olarak bulunan kimsenin hâkimiyeti altında kalırdı. Bu üç satışın gayesi çocuğun eski ailesi ile irtibatını tamamen kesmektir. Bu kesildikten sonra ortaya evlât edinecek olan gelir ve muamelenin yapılmasında

arada mütavassit durumda kalmış olan üçüncü şahıstan çocuğu talep ederdi. Bu talep bir *Rei Vindicatio*'ya benzer. Evlât edinecek olan çocuğun kendisine ait olduğunu iddia eder, «İus Civile'ye göre bu kimsenin benim çocuğum olduğunu iddia ederim» der, muamelenin yapılmasında mütavassit durumda kalan da mukabil bir iddia ileri sürmez, susardı. *Magistratus additio*'yu beyan etmek suretiyle çocuğu, onu evlât edinecek olan kimseye verirdi.

Adoptio muamelesinin ne birinci safhasında, ne de ikincisinde kendisine has bir şekli bile bulunmadığını derhal görülüyor. Muamelenin ilk kısmı bir *emancipatio* muamelesi, ikinci kısım ise aslında bir *in iure cessio*'dur. Şekli bakımından da bu hukukî muamelenin eski olmadığını böylece görüyoruz. Çünkü en eski Roma muamelelerinin hepsinin kendilerine has bir şekli ve yalnız o hukukî muameleye tatbik edilebilen muhtevaları vardır. Yalnız daha sonra – ve çok defa 12 Levha Kanunu devirlerinden sonra – görülen hukukî muamelelerde yeni hukukî muamelelerin ihdas edilemediği, onun yerine mevcut hukukî şekillerin birleştirilerek, veya başka muamelelere kıyasen tatbik edilmek suretiyle kullanılmaya başlandığını görüyoruz. Bu hukuk tarihinde sık sık rastlanan bir hâdisedir.

Yukarda kısaca anlattığımız *Adoptio* muamelesindeki üç satış şekli, yalnız erkek evlâtlar için kullanılmış, kız çocuklarda ve torunlarda tek bir *mancipatio* ile iktifa edilebileceği kabul edilmiştir. Bunun sebebi 12 Levha Kanununun yalnız *Filius*'dan bahsetmesi ve onun için üçlü satış şeklini kabul etmesi idi. Roma Hukukçuları burada harfiyen metne bağlı kalmayı tercih etmişlerdir, diğer kimseler için tek bir *mancipatio*'dan sonra *in iure cessio* muamelesini tatbik ederek, *adoptio*'nun tekemmül edeceği neticesine varmışlardır. *Adoptio* hususunda tarafların anlaşması muhtemelen bu iki safhalı muamelenin dışında kalmakta ve tıpkı *mancipatio*'nun kendisinde olduğu gibi merasimli muamele zilyedliğinin intikali muamelesi olarak bir vazife görmekteydi.

Kaynaklar *adoptio* muamelesinin sonraları, arada mütavassit durumda olan şahıs bulunmadan da yapıldığını bize gösteriyor. Bu takdirde *mancipatio*'dan sonra evlât edinecek olanın ayrıca bir *in iure cessio*'ya müracaat etmesine ihtiyaç kalmazdı. Ancak nedense çok daha basit ve kullanışlı olan bu şeklin nadiren kullanıldığını görüyoruz. Her halde *Adoptio*, tıpkı *arrogatio* gibi, ilk anda tahmin edilemeyecek kadar uzun zaman bütün bu kullanışsız ve güçsüz şekilleri ile hayatta kalmış ve İustinianus Hukukunda yeni bir şekle kavuşmuştur. İustinianus Hukukunda *Adoptio* muamelesi artık mahkeme huzurunda cereyan etmektedir. Evlât edinilecek olan, evlât olarak onu veren ve bir de alan, her üçü de mahkeme huzuruna gelirler ve çocuğunu evlât olarak vermek isteyen mahkeme huzurunda bunu resmen beyan ederdi. Eski *in iure cessio*'dan alıştığımız şeklin aksine bu muamelede çocuğu evlât

edinecek olan hiçbir beyanda bulunmazdı. Hâlâ taraf değil de daha çok hukukî muamelenin mevzuu vasfını haiz bulunan çocuk ise (burada çocuk terimi ile küçük olduğunu değil, yalnız patria potestas altında olduğunu ifade etmek istiyoruz) iradesini ve arzusunu beyan edemezdi. İustinianus Hukukunda adoptio muamelesi, bazı şahıslara da inhisar ettirilmiştir. Çocuk bir usulü tarafından evlât edinilebilirdi. Bu bakımdan çocuk geniş mânasında alınrsa ailesini terk etmezdi. Buna *adoptio plena*, tam adoptio denmektedir. Diğer hallerde adoptio neticesinde eski baba hâkimiyeti sona ermez, çocuk evlât edinen kimseden miras almak hakkını fazladan iktisap ederdi. Buna *adoptio minus plena*, tam olmıyan adoptio denmiştir. Bu son durumda hakiki mânasında bir evlât edinmeden ziyade iki ailenin bir çocuğun şahsında birleşmesine müşabih bir durum görmekteyiz. Bu müessese yakın şark hukuklarının tesiri ile Roma Hukukuna nüfuz etmiştir. İustinianus hukukunda evlât edinen ile edinilen arasında en az 18 yaş fark bulunması hükmü de ihdas edilmişti.

III — MANUS:

Patria Potestas'ın tesisi bahsinde bir de Manus'u hatırlamamız gerekir. Burada da bir patria potestas sona ermekte, kadın üzerinde kocasının veya kocası bizzat patria potestas'a tâbi ise aile reisi olan kimsenin patria potestas'ı teessüs etmektedir.

§ 16. PATRIA POTESTAS'IN MUHTEVASI

Nasıl doğduğunu gördüğümüz Patria Potestas'ın şimdi muhtevasını tetkik edelim.

I — REI VINDICATIO HAKKI:

Yukarıda da temas ettiğimiz gibi Patria potestas hâkimiyet altında bulunanlar üzerinde mutlak bir hâkimiyettir. Bu hâkimiyet hakkının mülkiyet mefhumundan geldiğine şüphesiz nazarı ile bakabiliriz. Pater Familias ailenin şahıs ve eşyaları üzerinde mutlak hâkimiyet hakkına mâlikti. Mülkiyet hakkının tefriki sonraları olmuş ve yukarıda da işaret ettiğimiz gibi patria potestas'ın mülkiyet hakkı ile olan irtibatı ancak çok sonraları kaybolmuştur.

Patria potestas'ın mülkiyetle olan irtibatını aileye ait çocukları üçüncü şahıslardan istihkak iddiası ile geri istemesi dâvasında da görüyoruz. İlk zamanlarda bu talep *rei vindicatio* ile ve herhangi bir eşyada tatbik edildiği şekilde yapılırdı. Bu dâvada pater familias eşya üzerindeki mülkiyet hakkı yerine mevcut patria potestas'ından hareket ederdi. Daha Klâsik Hukuk devrinde bu vindicatio'nun «*vindicatio patriae potestatis*» ismi altında kullanıldığını Roma Hukukçusu Ulpianus'un metinlerinden biliyoruz.

Bunun yanında dâvadan daha kolay olan bir Pretor *Interdictum*'u da pater familias'a tanınmıştı. Bu *Interdictum «interdictum de liberis exhibendis item ducentis»* (Çocukların, gösterilmesi ve sonra alınıp götürülmesi hakkındaki *interdictum*) idi. Buna göre çocukların evvelâ gösterilmesi mecburiyeti doğar, istenilen çocuğun hangisi olduğu hususunda her türlü şüphe bununla bertaraf edilir, müteakiben pater familias çocuğu bulmuşsa onu alıp götürebilirdi.

Aile Hukukunda manus olmadan evlenmelerde pater familias'ın kızını kocanın yanından zorla geri alamaması için kocaya sonraları bir defa hakkı verildiğini biliyoruz.

II — IUS VENDENDI :

Pater Familias hâkimiyeti altında çocukları isterse temlik edebilirdi. Buna Roma Hukukunda *ius vendendi* denirdi.

Bu hak bütün eski hukuklarda karşımıza çıkar. İktisadî vaziyeti iyi olmayan babanın bir taraftan bakamadığı çocuğunu satması, diğer taraftan bu satış ile bir miktar para temin ederek vaziyetini düzeltmeğe çalışması o zamanlar için normal bir görüş olarak kabul edilebilir. Evlendirdiği kızı için bir babanın para alması, ki bugün hâlâ rastlanan bir vâkiadır, hiç şüphesiz köklerini bu eski telâkkiden almaktadır. Esasen evlilik çok eski devirlerde kaideten satış evliliği idi. Roma'da pater familias'ın *ius vendendi* hakkı bu itibarla büyük bir hususiyet göstermez. Roma Hukuku kaynakları arasında Klâsik Hukuk devri içinde Mısır'da kızını rehnetmiş bir Romalı biliyoruz. Bu da Patria Potestas'ın mutlak selâhiyetlerine dahildi.

Pater Familias'ın filius'u sattığı yer bakımından bir tefrik yapmak icabeder.

a) Roma dahilinde satış: Eğer Pater familias evlâdını Roma'da temlik ederse bu muamele ile filius hürriyetini kaybetmez. Çünkü bir Roma vatandaşının Roma'da hiç bir şekilde köle olamayacağı hakkında umumî bir kaide vardı. Bu temlik aile evlâdının hür bir Roma vatandaşı vasfına hâlel getirmez. Bu kimseler *servi loco* ismini alırlardı. Kendilerini satın alan kimse yanında ise vasıfları *persona in mancipio* idi. Bu kimseler tam mânası ile hür sayılmazlardı. Vakıa köle statüsünde değildiler. Fakat yeni intisab ettikleri ailede hürlerle köleler arasında bir durumda idiler. *Servi loco* (köle yerine kaim olan) ismi de bunu ifade etmektedir. *Servi loco*, onu iktisab eden kimse tarafından serbest bırakılır bırakılmaz tekrar eski pater familias'ının hâkimiyeti altına dönerdi. Bunun böyle olmasının muhtelif sebepleri üzerinde durulmuştur. Pater Familias'ın çocuğu temlik etmesi her zaman bu temlikin kat'î ve nihâî olması gayesiyle yapılamazdı. Çok defa Pater familias bu yola müracaat ederek çocuğunu bir ustanın yanına çırak olarak verirdi. Filius'un bu iş için temlik edilmesinin pratik faydası aşıkârdı. Bu suretle usta çocuk üzerinde tedip

hakkını kullanabilir ve çocuk ustann evine bir evlâdı gibi yerleşebilirdi. Ustann her an Patere müracaat ederek çocuk hakkında hattı hareketini tesbit etmesi gerekmezdi. Diğer taraftan pater familiasın çocuğunun usta yanından herhangi bir sebeple ayrılması ile gene kendi hâkimiyeti altına geçmesi arzusu çok kolay anlaşılabilir. Filius'un temlikî Roma'da ilk devirlerde pek tatbik edilmeyen bir hizmet akdi niyetiyle de yapılmış olabilir. Bu suretle *filius familias* başkası yanında hizmet görür, pater familias da bu hizmete mukabil satış bedeli ismi altında gereken ücret alırdı. Hizmetin bittiği zaman serbest bırakılan filius yeniden eski pater familias'ın hâkimiyeti altına dönmüş olurdu. *Dare in Mancipium* şeklinde filius'un başka bir aileye teslimi yukarda kısaca bahse konu yaptığımız Noxal mes'uliyetin tatbikatı ile de ilgili idi. Noxal mes'uliyet bakımından haksız fiil mağduruna terkedilen filius'un bu devrinin hukukî bir muamele ile yapılması icab ederdi. Aksi halde Filius'un yeni Pater'i eski Pater Familias tarafından açılacak olan *Rei Vindicatio*'dan çekinirdi. Bu bakımdan bu «terk» muamelesinin çocuğun temlikini temin eden bir mancipatio ile tamamlandığını görüyoruz. Fakat bu halde de filius'un bir gün hâkimiyetten çıkarılması eski pater familias'ının hâkimiyeti altına düşmesini sağlardı. Noxal mes'uliyet ile ilgili temliklerde filius'un mağdur yanında, haksız fiilin zararı ile mütenasip bir zaman kalmasından sonra ve mesai ile zararı telâfi ettikten sonra azad edilmesini talep hakkı da vardı. Bu suretle eski pater familias'ına dönerdi. Klâsik hukuktan sonra çocukların temlikî tahdit edildi ve yalnız yeni doğanlar için ve Pater Familias'ın zarureti haline inhisar ettirildi.

Bütün bu hükümler karşısında Pater Familias'ın evlâdını üç defa sattıktan sonra aile evlâdının *sui iuris* olacağı hükmünün mânası daha iyi anlaşılıyor. 12 Levha Kanununda mevcut olan bu hükümlerle bir Pater Familias'ın bu yollara müracaat ederek evlâdından istifade etmesinin bir suiistimal halini alması önlenmek istenmiştir. Üç temlikten sonra filius familias hürriyeti elde ederdi.

b) Roma dışında satış: Eğer Pater Familias filius'u Roma toprakları dışında satarsa çocuk hürriyetini kaybeder ve köle olurdu. Bu şekilde köle olan filius Roma'ya döndüğünde de hürriyetine tekrar kavuşmazdı. Roma devletinin hududu çok uzun zaman Tiber Nehri olduğu için Roma dışında satmanın terimi «Tiber ötesinde satılmak» (*Trans Tiberim*) şeklinde kalmıştır.

III — HAYAT VE MEMAT HAKKI:

Mutlak hâkimiyet hakkı Pater Familias'ın aile evlâtları üzerinde hayat ve memmat hakkına sahip olması imkânını da verirdi. Bu hak ilk devirlerde mutlak olmakla beraber çok eski devirlerden beri keyfi olmaktan kurtarılmak istenmiştir. Pater Familias'ın aile evlâtları üzerindeki *vitae ac necis* hakkını kaideten yalnız işledikleri bir suç münasebetiyle kullandığını biliyoruz. Fakat

bu tatbik tarzı da tahdit edilmek istenmiş, daha Cumhuriyet devrinden evvel bir aile meclisinin (*iudicium domesticum*) reyî ile ağır cezaların ve bilhassa ölüm cezasının tatbiki kaidesi yerleşmiş, Cumhuriyet devrinden sonra da *Censor*'ların Pater Familias'ın tertip edeceği cezaları kontrol mükellefiyeti vaz edilmiştir. *Censor*'lar bu selâhiyetlerini Roma âmme hayatına nezaret etmelerinden (*cura morum*) istihraç etmişlerdir. Haksız veya nispetsiz bir ceza tertip etmiş olan Pater Familias'a *Censor*'un dinî mahiyette cezalar vermesi mümkündür.

Pater Familias'ın aile evlâtlarının hayat ve mematı üzerindeki mutlak hakkı İmparator Hadrianus zamanında ilk mühim değışikliğı gördü. Aile evlâdının öldürülmesinde hakkını sui istimal eden Pater Familias'ın cezayı müstelzim bir fiilde bulunduğu kabul edildi. Bu mühim yeni hükme rağmen prensibin daha hâlâ canlı kaldığını müşahede ediyoruz: Hakkını suiistimal etmeyen Pater Familias'ın evlâdını hattâ öldürmek hakkı vardı. Milâttan sonra 323 senesine ait İmparator Constantinus'a ait bir hükümde Pater Familias'ın aile evlâtları üzerinde hayat ve memat hakkından bahsedilmesi cidden şayanı hayrettir. Unutmamak lâzımdır ki artık Hıristiyanlık Roma İmparatorluğunun resmî dini olmuştu. Nihayet 365 senesinde İmparator Valentinianus tarafından Pater Familias'ın bu hakkı ilga edildi. Bir Pater'in tedip hakkını aşan cezaların tertibi ve cezalandırmak yetkisi mahkemelere tanındı.

IV — NAFKA TALEPLERİ:

Umumî karakteri Patria Potestas'ın verdiği imkânlarla çok iyi anlaşılan Roma ailesinde Pater Familias ile aile evlâtları arasında ve karşılıklı olarak nafaka talepleri kabili tasavvur değildi. Pater Familias'ın böyle bir talebine ihtiyaç yoktu, aile evlâdını doğrudan doğruya çalıştırabilir ve elde edilen kazancı bizzat alırdı. Aileden ayrılmış, *emancipatio*'ya tâbi tutulmuş bir çocuk ayrı bir aile teşkil ettiğinden dolayı da babasına karşı nafaka talep ve hakkı bulunmazdı. Aile içinde kalmış olan aile evlâdının da, Pater familias'ın kendisine bakımı ne kadar kötü olursa olsun hakkını aramak imkânına malik olmadığını görüyoruz. Patria Potestas esasına dayanan aile telâkkisi buna müsait değildi.

Ancak çok sonraları ve imparatorluk devri içinde Pater Familias'ın aile evlâtlarına karşı – kendi çocuklarına ve torunlarına karşı – nafaka mükellefiyeti tesbit edilmiştir. Bu nafaka o zamanların yeni usul yolu olan *Cognitio extra ordinem* ile talep edilebilirdi. İmparatorluğun ilk devirlerinde bu mükellefiyet yalnız patria potestas altındaki evlâtlara karşı mevcut olduğu halde çok geçmeden bu mükellefiyet aileden ayrılmış olan evlâtlara da teşmil edilmiştir (Milâttan sonra 3 üncü asrın başı). Ancak bu mükellefiyet tek taraflı olarak tesbit edilmemiş, aileden ayrılan evlâtların Pater Familias'larına

karşı nafaka mükellefiyeti de ihdas edilmiştir. Nafaka mükellefiyetinde yeni yolu açan nesebi gayrı sahih olan çocuğun annesi ile mevcut karşılıklı nafaka mükellefiyeti olsa gerek. Bu mükellefiyetlerin daha Klâsik Hukuk devrinin başındanberi mevcut olduğunu biliyoruz. Buradaki fikir müteakiben Roma Agnatik ailesine geçmiştir. Ashında Patria Potestas'a tâbi aile telâkkisi ve nafaka mükellefiyeti kolay kolay bağdaşamıyan telâkkilerdir.

Anneye ve annenin usulüne karşı nafaka talepleri ancak klâsikten sonraki hukukta, cognatio ailesi fikrinin kendisini göstermesiyle kabul edilmiştir. Concubinatus çocuklarına bu hakkın tanınması da bunu tâkip etmiştir.

§ 17. ROMA AİLESİNİN İKAMETGÂHI

I — DOMICILIUM MEFHUMU:

Lâtincede ikametgâh «*domicilium*» dur. Bu terim ev mânasına gelen «*domus*» dan gelmektedir. Domicilium, lâtincede sarıh bir mâna taşımakla beraber Roma Hukuk lisanında değişik mânalarda kullanıldığına şahit olmaktadır. Bir ikametgâhı, makarrı ifade ettiği gibi bâzan ikamet edilen bina için kullanıldığını görüyoruz. Daha klâsik hukuk devrinde de «*Domus*» ve «*Domicilium*» terimlerinin çok defa aynı mânada kullanıldığına şahit olmaktadır. Terimlerdeki bu istikrarsızlığın tesadüfî olmadığını ve ikâmetgâh mefhumunun Roma'da pek sarıh olmadığını aşağıda göreceğiz.

Domicilium, Roma Hukukunda bir kimsenin devamlı olarak sâkin olduğu ve faaliyetinin sabit bir merkezi yaptığı yerdir. Bu mânası ile ikametgâh Roma'da bir kimsenin esas itibariyle faal olduğu yerdir. Romalılar esas itibariyle hayatlarını doğdukları yerde geçirdiklerinden ve doğdukları mahalli devamlı şekilde nadiren terk ettiklerinden bir Romalının ikametgâhı kaideten doğduğu yerdedir. Romalı bu yerde çalışır, bu yerde ikamet eder, hayatını bu mahalde geçirdikten sonra orada ölür. Başka şehirlerde veya mahallerde kalması daima geçicidir.

Romalı doğduğu yerde kaldıkça, hayatını orada kazandıkça Roma Hukuku bakımından tetkike değer bir durum görülmemiştir. Romalının vergi verdiği yerin, bağlı olduğu idarî makamların ve kendisi için selâhiyetli mahkemenin tesbiti kolaydı ve daima doğup oturduğu yere bağlı idi. Bu yerden muvakkaten ayrılması yukarda saydığımız selâhiyetleri tâdil etmezdi.

Zamanla Roma'da doğduğu yerde kalmıyan kimseleri görüyoruz. A-razi, miras sebebiyle artık işletilmesine çok defa değmiyecek ufak parçalara ayrılmış, kıtlık senelerinde ziraatle uğraşan halk şehirlere hicret etmiş, büyüyen şehirler her devirde olduğu gibi köylerdeki ahaliyi cezbetmiştir. Bu durumda birçok Romalı *Origo* denilen ve doğdukları asıl mem-

leketlerinden uzak olan yerlerde oturmak, oralarda hayatlarını kazanmak mecburiyetinde kalmıştır. Origo'da oturmayan bu Romahlara *incola* denir. Oturdukları yere de *incolatus* ismi verilirdi. Domicilium mefhumuna ihtiyaç Roma Hukukunda bu devirde kendisini göstermiştir. Domicilium bu defa vergi verilen, selâhiyetli mahkemenin bulunduğu ve idarî makamlara bağlanılan mahal olarak gösterilmektedir. Çünkü Roma idaresi, vatandaşları bütün bu bakımlardan sâbit bir yere bağlamak ihtiyacını his etmiştir.

Roma vatandaşları, ikâmetgâhlarını seçmek bakımından tamamen serbest idiler. İstedikleri yerde onu intihap edebilirler ve kaideten bu yere yerleşip orada işlerini görürler, çalışıp kazanırlardı. Burada da zilyetlikte olduğu gibi *animus* ve *corpus* unsurlarının bulunduğu orta zaman hukukçuları tarafından çok iddia edilmiştir. Klâsik Roma Hukukunda bu iki unsurun bahse konu edildiğini pek bilmiyoruz. Bir yerin Domicilium yapılmasında her halde o arzuya teveccüh eden bir irade izharı mevcuttur. Ancak Romalı bir defa ikametgâhını bir yerde tesis etti mi artık onu arzusu ile kolay kolay değiştiremezdi. Birçok âmme mükellefiyetlerinin domicilium'a bağlanması bu husustaki iradesini takyit ederdi.

II- ORIGO MEFHUMU:

Esas hatları ile kısaca gördüğümüz Docilium müessesesini, Roma ailesinin tekâmülü içinde tetkik edelim. Zira Domicilium kendi başına mevcut olan bir mefhum değildir. Nasıl eski mânasında Cives'den *Încola*'ya doğru bir tekâmül olmuşsa Origo'dan da Domicilium'a doğru bir değişme olmuştur.

Origo yukarda da temas ettiğimiz gibi doğum ile o kimsenin «memleketi» olan yerdir. Kaideten agnatik bir ailenin bütün fertleri aynı yerde doğar. Bu itibarla bir ailenin veya gens'in origo'sundan bahsedilir. Roma Hukukunda bir Romalının statüsü Origo'ya göre tesbit edilir. Ezcümle bir yerde doğanın babası o yere nispetle Cives ise kendisi de aynı şekilde origo'ya göre cives olurdu. Pek tabii olarak Romalının origo'sundan ayrılması men edilmemişti. Hicret edebilir veya uzun bir zaman için başka yere nakledilebilirdi. Origo'ya bağlı olan statüsü bundan dolayı değişmezdi. Ancak, yukarda da belirttiğimiz gibi bu hal istisnai idi ve kaideten Romalı ömrünü origo'da geçirirdi.

Cumhuriyet devrinin ortalarındanberi Romalıların origo'larını bırakıp bilhassa şehirlere göç ettiklerini görüyoruz. Bu suretle aynı mahalde biri yerli, diğeri oraya göç etmiş olan *incola*'yı görüyoruz. Bunların hak ve mükellefiyetleri birbirlerinden farklı idi. *Încola* terkedip gittiği mahallin hukukunu muhafaza eder ve idarî bakımdan ona bağlı kalırdı. Bu suretle Roma Hukukunda klâsik devrin başında hukukî durumları itibariyle Romalıların iki zümreye ayrıldığını görüyoruz.

1- Ailenin memleketi olan yerde oturan ve - dar mânada - cives dediklerimiz.

2- Başka bir mahalle ikametgâhlarını nakledip yaşayan incola.

Domicilium mefhumu Roma'da geniş mânada alınmış ve bir kimse- nin sâkin olduğu ve faaliyet merkezini kurduğu yer olarak kabul edilmiş- tir. Faaliyet merkezi birden ziyade olabilir. Bir tüccar muhtelif mntuka- larda ayrı ayrı faaliyet merkezleri tesis edebilir. Romalıların bu görüş al- tında muhtelif Domicilium'ları olabilir. Nitekim Klâsik Hukuk devrin- de kaynaklarda bunun misallerine rastlamaktayız. Birden çok ikametgâhi olan Romalı hukuken bütün bu mahallerde hak ve mükellefiyetler elde eder, ezcümle oralarda vergi verirdi. Şüphesiz Domicilium'un birden ziyade olması başlangıçta çok nadir bir hal idi. Origo'yu bile yalnız, muayyen mevsimlerde şehirde amele, hamal, hizmetçi veya seyyar tüccar olarak çalışmak için ter- keden Romalı daima gene evine döner, yabancı şehirde yerleşmez, başka bir deyimle orada ikametgâhi olmazdı. Romalının origo dışında bir ikametgâh seçmesinin malî mükellefiyet bakımından tevlit ettiği güçlüğü de unutmamak gerekir. Nereye giderse gitsin origo'nun belediye vergisi olan «munera» yı ödemesi lâzımdı. Diğer taraftan incola'nın tahmil ettiği âmme hukuku mükellefiyetlerini de yerine getirmesi lâzımdı. Yalnız bazı hallerde munera'nın ödenmesi ile incola'nın mükellefiyetlerinden kurtulmak mümkün idi.

III — FİLİUS FAMILİAS'IN İKAMETGÂHI:

Roma ailesi, bünyesi itibariyle bir arada yaşayan ve dağılmıyan bir ailedir. Aile, mal bakımından da bir bütündür. Bir arada ve bir evde oturur. Filius Filius Familias'ın evlenmesi de onu evden uzaklaştırmaz. Hattâ baba evinin yetmemesi halinde ayrı bir eve çıkması bile evlerin ayrıldığı şeklinde telâkki edilmez. Filius gene babanın patria potestas'ı altında olduğundan baba evinin parçalandığı kabul edilmezdi. Mâmelek bakımından aile bir bütündür. Filius familias babasının izni olmadan origo'dan ayrılamaz ve iktisaden müstakil bir hayat kuramazdı. Filius Familias'a bir *peculium* verilmesi de aileyi ikti- saden parçalamazdı. Pater Familias, mâmelekî bakımından *peculium* miktarın- ca mes'ul kahrıdı.

Peculium alan Filius Familias'ın ailesinin origo'su dışında yaşadığı tah- min edilebilir. Filius Familias, pater familias'ın origo'sunda âmme mükellefiyetlerini yerine getirmek mecburiyetinde idi. Zaten mâmelek bakımından müstakil sayılmadığından vergi Pater Familias tarafından ödenir ve bu vergi bütün aile fertlerinin - Pater Familias namına elde edilen - kazancına göre olurdu.

Roma Hukuku kaynakları içinde Filius Familias'ın ikametgâhından bahseden birkaç metin ile karşılaşırız. Bu metinlere göre Filius Familias'ın

Pater'den ayrı bir ikametgâha sahip olabileceğini görüyoruz. Bu ikametgâh babanın origo'suna bağlı olmadığı gibi, babanın origo dışında incola olarak olarak tesis etmiş olduğu ikametgâha da bağlı değildir. *Filius Familias*'ın müstakil ikametgâhı *peculium* elde etmesi ile mümkündür. Aksi halde bu müstakil hayatı, *Pater Familias*'ın daimî kontrolü altında kalınması icab ettiğinden gerçekleştirmeye imkân yoktu. Burada doğan mühim problem âmme mükellefiyetleri ve hakları bakımından *Filius Familias*'ın nereye bağlı olacağı meselesi idi. Roma Hukuku bu bahiste *Filius Familias*'ı *Pater Filias*'tan tamamen ayırmak istemiştir. *Pater Familias*, origo'dan ayrılmışsa ve başka bir yerde ikametgâh tesis etmişse *Pater Familias*'dan ayrı yaşayan *Filius Familias*, *Pater Familias*'ın ikametgâhına değil Origo'ya bağlı kalırdı. Bu prensip, ailenin mahal ve ikametgâh olarak birliğini hiç şüphesiz sarsmakta idi.

Filius Familias'ın ayrı bir ikametgâhı olabileceği hakkında Roma Hukuku kaynaklarında bulduğumuz bütün metinlerin milâttan sonra II. ve III. asra ait olmaları herhalde bir tesadüfe hamledilemez. Bu meselenin o asırlar içinde bahse konu olması icab eder. Bu asırlar Roma'da büyük ailenin ilk dağılma âlâmetlerini gördüğümüz zamanlardır. Artık *Filius Familias*'ın *Peculium* elde etmesi kaide haline gelmiştir, ayrı yerde yaşamaktadır. Vakiâ origo bakımından *Pater*'in origo'suna bağlı idi. Fakat başka bir yerde yerleşmek arzusu orada ikametgâh tesisi mânasına alınıyor ve bu andan itibaren *Pater*'in âmme mükellefiyetlerinden ayrı mükellefiyetlere tâbi tutulabiliyordu.

Domicilium bakımından Roma Hukukunun *Filius Familias*'a karşı bu kadar geniş ve müsahamahalı davranışı *Domicilium* hakkındaki umumî anlayışına uygundur. Aynı devirlerde bir kimsenin birden çok *domicilium*'u olabileceği de kabul ediliyor, bir yere sürgün gitmiş olanın hem bulunduğu yerde, hem geri dönmesi men edilmiş yani hiçbir zaman gidemeyeceği, eski evin ikametgâhı olabileceği kabul edilmiş, askerlerin anavatandaki *domicilium*'larını – orada emlakî bulunması kaydı ile – muhafaza edebilecekleri, böyle bir *domicilium*'u olmazsa askerinin, nerede bulunuyorsa orada ikametgâhı olacağı mümkün görülmüştür. Senatörlerin durumu da hususiyet arz ederdi. Bunlar istedikleri yerde ikametgâh tesis edebilirler ve İmparator Teodosius ve Valentinianus'danberi Roma'da, farazî de olsa daimî bir ikametgâh muhafaza etmekle beraber istedikleri yerde bir yenisini tesis hakları da devam ederdi. *Domicilium*'un tesisinde bu kadar müsahamahalı davranan Roma Hukuku bunda yalnız devamlılık niyetini aramakta idi. Böylece talebelerin tahsil ettikleri yerde, orada devamlı ikamet niyetleri bulunmadığından, ikametgâhları olmayacağı kabul edilmişti. Talebenin bağlı olduğu yer eğer babasından müstakil yaşamakta ise gene origo'su olurdu. Origo, her Romalı için, bugün deniz ticaret hukukunun kabul ettiği bağlama limanna benzetilebilir.

IV — DOMICILIUM VE AİLE HUKUKU :

Domicilium, Roma Aile Hukukunun geçirdiği değişikliği iyi göstermektedir. Roma cemiyeti, Cumhuriyetten İmparatorluk devrine doğru ziraatle uğraşan bir topluluktan ticaretle hayatını kazanır bir topluluğa doğru inkişaf etmiş ve hareketsiz, statik bir cemiyet nizamı hareket haline gelmiştir. Bu iktisadî ve içtimai değişme Roma ailesini tamamen değiştirmiştir. Origo'dan domicilium'a doğru değişme bunun ancak bir cephesini göstermekte ve Filius Familias'ın müstakil mâmelek elde etmek hakkı da müstakil bir hâdise olmayıp onun eski pederşahi aileden kurtuluşunun bir alâmeti gibi görünmektedir. Roma'nın sosyal bünyesi gevşemektedir. Aile dini (*lar*), peculium ve domicilium mefhumları başlangıçta Patria potestas ve origo etrafında toplanmış iken gittikçe birbirinden ayrılmakta, her biri müstakil bir mefhum olmaktadır.

Hâkimiyet münasebeti Roma ailesinde mahal itibariyle değil, şahıs bakımından hudutlandırılmıştı. Filius Familias nerede bulunursa bulunsun patria potestas'a tâbi idi. Roma ailesinin dağılması hukukî olmasa bile fiilî bakımından patria potestas'ı Pater Familias'ın bulunduğu mahale inhisar ettirmiş ve ayrı ikametgâhı olan peculium sahibi çocuklar daha Pater Familias'ın hayatında fiilen ayrı bir aile kurmuşlardır. Bunun hukuken de böyle olması kısa bir zaman işi iken Bizans Hukuku ve onu Avrupa'da tâkip eden uzun Orta Zaman devresi bütün hukuk tekâmülünü asırlarca ve asırlarca bir kıs uykusuna yatırmış, Glossatörler mefhumları yeniden tetkike başlamış, bir bakımdan yeni baştan aynı müesseseler aynı tekâmül hayatını bir daha yaşamak mecburiyetinde kalmıştır. İustinianus Hukukunda aile hukukunun eşliğine vardığı yeni nizamın ancak 15. Asırda hakikat olması bundandır.

§ 18. AİLE EVLÂTLARININ MÂMELEKİ

I — PECULIUM'UN MAHİYETİ:

İmparatorluk zamanına kadar Roma Ailesinde aile evlâtlarının mâmelek bakımından müstakil olduğunu söyleyemeyiz. Vâkıa Peculium mefhumu daha eskidir. Pater Familias aile evlâdına mâmelekinin bir kısmını tahsis eder, fakat bu tahsis ile bu malları ne hukuken ne de iktisaden asıl mâmelekten ayırmış olmazdı. Peculium olarak tahsis edilen mallar çeşitli olabilirdi. Kaynaklarda binalar, köleler, hayvanlar, alacak hakları, bir ticarî işletme, para şeklinde çok çeşitli misaller görüyoruz. Pater Familias, tahsis ettiği bu malları istediği anda tekrar geri alabilir, diğer taraftan bu mallarla ilgili her türlü mes'uliyet kendisinde kahrı. Hattâ verilen peculium ile pater familias'ın mes'uliyetinin genişlediği bile söylenebilirdi. Çünkü Praetor'un Pater Familias'a evlâdına verdiği peculium ile ilgili olarak tahmil ettiği mes'uliyet filius'un yalnız peculium mallarla ilgili borçlarına inhisar etmezdi, bu malların kıymeti hududu içinde umumî idi. *Actio de peculio* ile kabul edilmiş olan bu mes'uliyet-

te alacaklı mutlaka peculium'a müracaat etmek ve o mallardan alacağını tahsil etmek mecburiyetinde kalmaz, Pater Familias'a da yönelebilir ve peculium'un kıymeti ne kadar ise o miktar içinde Pater Familias'ın her türlü malına müracaat edebilirdi. Hattâ mes'uliyetin bu miktarı, eğer Pater Familias peculium'a «borçlu» ise artabilir ve bu borç mes'uliyet miktarına ilâve edilirdi. Pater Familias, kendisine müracaat eden her alacaklıyı, peculium olarak tahsis ettiği malların değeri nekadar ise o hudut içinde, tatmin etmeğe mecbur kalır, ancak bu meblâğ kadar borcu ödedikten sonra mes'uliyeti sona ererdi. Birçok alacaklı arasında, alacakları nispetine göre bir taksim ve garame hissesi ödemek mükellefiyeti yoktu.

Filius Familias ile Pater Familias arasında peculiumdan dolayı karşılıklı alacak ve borçlar bile Peculium'un hukuken ve iktisaden Pater Familias'a ait olması prensibini değiştirmezdi. Peculium'a sahip Filius Familias, Pater Familias'ın bir borcunu öderse bu miktar Peculium miktarına ilâve edilir, bilmukabele Pater Familias filius'un bir borcunu öderse bu miktar peculium'dan düşülürdü. Ancak karşılıklı borçlara benzeyen bu vaziyet hakikî mânası ile bir borç değildi. Dâva edilmelerine imkân yoktu ve Pater Familias ile Filius arasında bir nevi dahili muameleye benzerdi. Bu meblâğlar zaten Pater Familias tarafından tek tarafh olarak peculium'a mahsub edilirdi. Bu mahsub hâdisesi alacaklıların Pater Familias'a müracaatından evvel bahse konu da olmazdı. Her halde İmparatorluk devrine kadar Filius Familias'ın Peculium ile mâmelek itibariyle müstakil olduğu iddia edilemezdi.

II — PECULIUM'UN MENŞEI VE TEKÂMÜLÜ:

İmparatorluk devrinde Peculium'un mahiyeti değişti. Peculium'un idaresi Filius Familias'a tamamen verildi. Pater Familias'ın peculium'u istediği vakit geri almak hakkı nez edildi. Bu suretle bir defa Filius Familias'a tahsis edilen Peculium ondan ayrılmıyor ve aile evlâdını mâmelek bakımından müstakil hale getiriyordu.

Peculium'un en eski şekli *Peculium Castrense* idi. Bu, muharebede elde edilen ganimetin icab ederse satılıp taşınması kolay, paraya tahvili gayesiyle ihdas edilmişti. İmparator Augustus başkasının hâkimiyetine tâbi askerlerin muharebede iktisap ettikleri mallar üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceklerini kabul etti. Böylece peculium'un mukadderatına Pater Familias'ın müdahale etmek hakkı ortadan kaldırılmış oluyordu. Şu kadar ki *peculium castrense* sahibi aile evlâdı vasiyetname bırakmadan ölürse bu takdirde muharebede elde ettiklerinden teşekkül etmiş olan mâmeleki kanunî tevarüs esasına göre dağıtılmaz, bütün mallar Pater Familias'a geçerdi. Halbuki bu mallar, Pater Familias tarafından aile evlâdına tahsis edilmiş değildi. Bu istisnai hal dışında Klâsik Roma hukuku ve Klâsikten sonraki ilmî içtihatlar bu peculium'u her bakımdan Filius Familias'a ait

müstakil bir mâmelek olarak inkişaf ettirmişlerdir. İstintianus Hukuku bu inkişafı tamamlamış ve *peculium castrense*'nin vasiyetname yapılmaması halinde de Pater Familias'a kalmıyacağı, kanunî tevarüsün tatbik edileceği hükmünü vaz etmiştir.

Diğer taraftan *peculium castrense* mefhumu da klâsik hukuk devrinde genişlemişti. Yalnız muharebede elde edilenler değil, muharebeye giderken filius familias'a verilen hediyeler de *peculium castrense*'ye ithal edilmiş, hattâ daha sonraları İmparator Hadrianus zamanında filius familias'ın karısından kendisine vasiyet suretiyle kalan malların da böyle ad edilmesine karar verilmiştir.

İmparator Constantinus'danberi *peculium castrense* yanında bir de *peculium quasi castrense* görüyoruz. Bunun artık muharebede elde edilen mallarla hiçbir alâkası yoktu. Aile evlâdının devlet hizmetinde çalışmasına mukabil elde ettiği kazançlar ve gene devlet hizmetinde çalışmasına mukabil kendisine İmparator tarafından verilen ihsanlar *peculium castrense*'ye eş tutulmak istenmiş ve bunlara *peculium quasi castrense* (asker *peculium*'u benzeri) denmiştir. Bu *peculium* üzerinde de filius familias'ın serbest tasarruf hakkı vardı. İmparatorluğun ikinci yarısından itibaren Roma'da devlet memurlarının çok arttığını biliyoruz. Roma İmparatorluğu da bir memur devleti olmuş, eskiden devlet hizmeti sayılmıyan birçok vazifeler âmme hizmetleri kategorisine dahil edilmişti. Bizi en yakından ilgilendiren mahkemeleri misal olarak zikretmek yeter. Klâsik Hukuk devrinin sonunda Roma'nın bir memur şehri olmaya başladığını biliyoruz. Bütün bu memurların kazançları üzerinde serbetstçe tasarruf etmek imkânı vardı ve iktisadî bakımdan müstakil bir aile kurmuş durumda idiler.

III — İMPARATORLUK ZAMANINDA PECULIUM

Ailede çocukların mâmelek bakımından müstakil hale gelmesine gene İmparator Constantinus'un ısrar ettiği diğer bir hüküm çok yardım etmiştir. Pater Familias'dan evvel ölen karısı veya filius familias'ın ölen karısı çocuklarına miras yolu ile mallar bırakabilirdi. Bilhassa manus'un bulunmadığı evliliklerde bu her zaman olurdu. Çocuklara ve torunlara ait mallar hukuken Pater Familias'ın sayıldığından bu mallar hakikatte çocukların olmaz, hemen Pater'e intikal ederdi. Constantinus'un vaz ettiği hüküm geçince *bona materna* denilen bu mallar çocuklarına kalıyor, Pater Familias bu malların yalnız idaresini ve intifa hakkını elde ediyordu. Bu mallar üzerinde tasarruf etmek selâhiyeti yoktu. Pek tabii olarak Pater Familias'ın ölümünde bu mallar terekenin dışında kalır, mirasa dahil olmıyan eşyalar gibi mâliklerine yani çocuklara iade edilirdi. Vâkıa Constantinus'un yeni hükmü ile Pater Familias'ın mâlik olmadığı ifade edilmemiştir. Tedricî bir

tekâmülde bu sıçramayı beklemek de yersiz olur. Constantinus malların neticede aynen çocuklara kalacağını ifade etmekle onların daha sonraki mülkiyet haklarını teminat altına almış oluyor, sanki «beklenen bir hak» tesbit ediyordu. Çocukların bu mallar üzerinde mülkiyet hakkına yakın bir «menfaati» vardı. Burada aynen dos mallar üzerindeki mülkiyet problemine eş bir durumla karşılaşılıyor. Nasıl dos mallarda kadının bu eşyalar üzerindeki menfaatinin kabulü ile bir dönüm noktası karşısında isek, burada da aynı şeyi müşahade etmek mümkündür. Nitekim müteakip tekâmül de dos eşyaların mülkiyetinde gördüğümüze muvazidir. Babanın bu eşyalar üzerindeki hakkı gittikçe zayıflamakta, çocukların hakkı kuvvetlenmekte, nihayet İustinianus tedvininde çocuklar malların sarih maliki olmakta ve Pater Familias bir intifa hakkı sahibi kalmaktadır.

Pater Familias'ın çocuk malları üzerindeki hakkı bu tekâmül seyri içinde iken, çocukların «iktisab» edebilecekleri malların miktarı da tedricen artmıştır. İlk genişleme ile (Theodosius zamanında) çocukların yalnız annelerinden miras yolu ile kalan malları değil, çocukların annelerinden gelen ivazsız iktisapları dahil edilmiş, daha sonra yalnız anneden değil, annenin ailesinden ve akrabalarından gene ivazsız her türlü iktisaplara teşmil edilmiştir. Buna ilâveten çocuğun nişanlısından veya karısı veya kocasından iktisap ettikleri de aynı mahiyette sayılmıştır. İustinianus, dos'da da olduğu gibi tekâmülü tamamlamış ve umumî bir formülle: Çocuğun Pater Familias'ından başka kimden olursa olsun iktisap ettikleri ile kendi emeği ile kazandıklarının mülkü olduğunu ifade etmiştir. Pater Familias'ın bu mallar üzerinde yalnız intifa ve idare hakkı vardı. Bu hakları dahi çocuğa temlik yapan üçüncü şahıslar tarafından tahdit edilebilirdi.

§ 19. PATRİA POTESTAS'IN SONA ERMESİ

I — UMUMİYETLE :

Yukarda Patria potestas'ın tesisi, doğumu halleri olarak tetkik ettiklerimizden bir kısmı pek tabii olarak muamelenin diğer tarafı için Patria Potestas'ın sona ermesini temsil ederdi. Adoptio da, evlât edinilenin eski Pater Familias'ı evlâdı üzerindeki patria potestas'ı kaybeder, arrogatio da ailenin eski reisi o ana kadar hâkimiyeti altında olanlar üzerindeki patria potestas'ı kaybeder, aile evlâdının Roma içinde temlikinde pater familias aynı şekilde patria potestas'ı kaybederdi. Burada da patria potestas'ın iktisabında bir nev'i aslen (doğumda olduğu gibi) ve bir nev'i devren (intikalle ilgili muamelelerde olduğu gibi) iktisaptan bahsedebiliriz. Devren iktisapta bir taraf için patria potestas'ın iktisabı diğeri için zâyi olması neticesini tevhit ederdi.

II — ÖLÜM VEYA CAPITIS DEMINUTIO :

Patria potestas'ın nihayete ermesinin en tabî hali, teessüsündeki doğum hâdisesinin aksine ölümdür. Çocuk ölürse veya Roma Hukukuna göre ölüme eş sayılabilen *capitis deminutio*'ya uğrarsa patria potestas sona erer. *Capitis deminutio*'nun her hali (*maxima, media, minima*) patria potestas'a son verir. Zaten *capitis deminutio minima* aile statüsündeki değişiklik olduğu için patria potestas bakımından bir değişimdir. Filius familias, rahip olur ve nispeten yüksek bir mertebeye erişirse gene Pater Familias'ın bu çocuk üzerindeki patria potestas'ı sona ererdi. Bu hüküm Hristiyanlığın Roma'da resmî din olmasından sonra da devam etmiş ve aile evlâdının piskopos olması ile patria potestas'ın sona ereceği kabul edilmiştir. Roma'da kızlar da dinî hizmetler görebilirler ve râhibe olabilirlerdi. Bu râhibelerin ismi Vesta Bâkireleri idi. Dinin ötesine giden, birtakım devlet hizmetlerine bile müdahale ettikleri görülen Vesta Râhibelerinin Roma'da Forum'un hemen yanbaşında Palatinus'un eteklerinde bir manastırları vardı. Bir Romalı aile kızının (*Filia Familia*) vesta bâkiresi olması patria potestas'tan çıkması için kâfi idi. Roma içtimâî telâkkilerine göre vesta râhibesi olmak Allah ile manus'un bulunduğu bir evliliğin akdi demektir. Roma'nın bu dinî telâkkilerinin aynen Hristiyanlığa mal olduğunu biliyoruz. Orada da râhibelerin İsa ile evlenmiş oldukları telâkkisini görüyoruz. Bu bakımdan bu kızların Hristiyanlığın kabulünden sonra da patria potestas'tan çıktıklarını görmekteyiz.

Pater Familias'ın ölümü veya Capitis deminutio'ya uğramasında patria potestas'a son verilirdi. Yalnız harpte esir düşmek suretiyle köle olan Pater Familias, Roma'ya döndüğü vakit bütün eski haklarını, sanki onları hiç kaybetmemiş gibi yeniden iktisap eder ve arada patria potestas'ı da devam ederdi. (*iūs postliminii*)

III — EMANCIPATIO :

Patria potestas'ın hukukî bir muamele ile sukut ettiğini de görmekteyiz. Bu muamelenin ismi *emancipatio*'dur. Gaius, Institutiones eserinde bize nasıl cereyan ettiğini bütün teferruatı ile anlatmıştır. Yukarda da söylediğimiz gibi emancipatio 12 Levha Kanunundan gelmektedir. Orada kabul edilen şekli ile Roma'da en uzun müddet tatbik edilen hukukî muamelelerden biridir. Filius Familias, Pater Familias tarafından üç defa temlik edilir; ilk iki temlikten sonra temellük eden tarafından serbest bırakılırdı. Her iki serbest bırakılmadan sonra Filius Familias yeniden Pater Familias'ın Patria Potestas'ı altına düşerdi. Temellük eden üçüncü satıştan sonra aile evlâdını serbest bırakmaz, bir daha Pater Familias'a temlik eder ve o Filius Familias'ı azad ederdi. Pater Familias'a bir daha temlikin ve onun tarafından serbest bırakılmanın sebebi şu idi: Emancipatio ile Filius Familias'ı serbest bırakan

Pater Familias ömrü boyunca onun üzerinde bir nevi *Patronus*'luk hakkı iktisab ederdi. Aslında bu hak yalnız azâd edilen köleler için vardı. Emancipatio ile serbest bırakılan aile evlâdı ile Pater Familias arasında kalan en mühim bağ, sabık filius'un ölümü halinde Pater Familias'ın ondan miras alabilmesidir. Hakiki Pater Familias'a bu hakkın kalabilmesi için azadın onun tarafından yapılması gerekirdi. Eğer mütavassıt durumda olan temellük eden azâtlamış olaydı haklar, azathyan son Pater Familias olarak diğerinin olurdu. Burada tam bir patronus'luk hakkı olmadığı için buna *Quasi Patronus* diyoruz.

Kız çocukların ve torunların emancipatio'sunda yukarda Adoptio bahsinde de beyan ettiğimiz gibi bir temlik muamelesinin yapılması yeterdi. Bu temlik muamelesinden sonra kız çocuk veya torun yeniden Pater Familias'a *remancipatio* edilir ve o da çocuğu veya torunu azatları.

Azatlama muameleleri Roma'da ilk zamanlarda pek çok değildi. Dar aile ekonomisi çerçevesi içinde çocukların bil'akis aileye bağlı ve onun fertleri olarak kalmaları lâzımdı. Yukarda gerek dos, gerek *domicilium* ve gerekse *peculium* sahasında Roma Hukukunda gittikçe artan bir dağılmanın veya bir gevşemenin olduğunu, ailenin daha serbest bir statüye doğru kaydığını gördük. Azatlamaların artmasında da bunu görmek mümkündür. Azatlamaların bilhassa İmparatorluk devrinden beri artmasının diğer bir sebebi de genişliyen ve değişen Roma iktisadî ve ticarî hayatının zaruretleri idi. Aile evlâdına *peculium*'un tahsisi bile yetmiyordu. Ailenin daha Pater Familias'ın ölümünden evvel müstakil ailelere bölünmesinin sebebi geniş imparatorluk üzerinde hâkim sınıfı teşkil eden Roma vatandaşlarının azlığı ve dağınık oluşları idi. Eski dünyanın ne kadar boş olduğunu hissedebilmek için birkaç rakamın yeteceğini sanıyoruz.

Milâttan Evvel 600 civarlarında Roma devletinin nüfusu 4,5 milyonu. Yunanistan'da Peloponez Harplerinin başında (M.E. 431) 2 milyon 250 bin kişi yaşıyordu. Roma'da Augustus devrinde (Milâttan sonra 14'de yapılmış olan bir sayım bize bütün İmparatorlukta 54 milyon insanın yaşadığını gösteriyor. Bunun 23'ü Avrupa'da, 19,5 u Asya'da ve 11,5 u Afrika'da idi. Yaşayan bu halktan 7,5 ilâ 8 milyonunun Mısır'da olduğu düşünülürse tamamen Roma İmparatorluğuna dahil olan Şimalî Afrika'nın diğer bölgelerinin ne kadar boş olduğu anlaşılır. Milâttan sonra 160 senelerinde Antoninus'lar devrinde Galya eyaletinde 8,5 milyon insanın yaşadığını biliyoruz ki bu o zamana göre, bütün Fransa, bütün Belçika, Hollanda'nın bir kısmı ve İsviçre'nin bir kısmından ibaret bir saha idi ve İmparatorluğun en kalabalık bölgelerindendi. Bugün Roma devletinin başlangıcı devirlerinde, Milâttan evvel 750 civarlarında bütün dünya nüfusunun 100 milyon civarında olduğu ve Roma İmparatorluğunun sonlarına doğru Milâttan sonra 400 civarlarında bu nüfusun

iki misline yani 200 milyona çıktığı tahmin ediliyor. Roma İmparatorluğunun Akdeniz Havzasında devam ettiği zamanlar içinde vasatî insan ömrünün 20 seneden fazla olmadığı sanılıyor.

Rakamların gösterdiği manzara son derece sarıhtir. Roma İmparatorluğunun muazzam arazisinde, Roma vatandaşları oraya buraya dağılmış birkaç kişi olacak. Bunların, bu imparatorluğu idare edebilmeleri için oraya buraya yerleşmiş olan Romalıların, tabii müstakil aileler kurmaları, ayrı birer Pater Familias olmaları lâzımdı. Bu geniş sahada ticaret yapan Romalı başka memlekete gidip yerleşmek ihtiyacını hisseder ve ailesini baba ailesinden ayırırdı. Bu aile bölünmesi vatandaşlık haklarının bütün tebaaya tanındığı *Constitutio Antoniniana* (Milâttan sonra 212) ile de durmadı. Yeni bir nizam artık önlenemez bir gidiş olmuştu. Büyük Roma ailesi, İmparatorluğu esastan sarsmadan değişmesine devam etti ve daha 6 ncı Asırda bugün anladığımız mânada, müsavata dayanan modern bir aile şeklini aldı.

Emancipatio'ya tâbi tutulan Filius Familias, ailesi olmıyan, tek başına bir Aile reisidir, Pater Familias'dır. Hiçbir çocuğu olmasa, fiilen ailesiz bir kimse olsa bile bu lâkabı kullanır. Pater kelimesi burada hakikî mânası ile «Baba» demek olmayıp bir riyaset mevkiinin lâkabı gibidir.

Emancipatio'ya tâbi tutulmuş olan aile evlâdı, aynı zamanda mâmeleksizdir. Gens'i ile de ilgisi kalmamıştır. Yalnız Gens'e dayanan adını muhafaza edebilir. Bu şekilde ailesinden miras hakkını da kaybeder. Emancipatio'nun bu sebeple eski devirlerde aile mallarının dağıtılmasını önlemek için kullanıldığını da biliyoruz. Pater Familias bir tanesi müstesna erkek evlâtlarını emancipatio'ya tâbi tutar ve onlara kaideten hayatlarını kurabilecekleri bir sermaye verir. Bu sermaye kızın dos'una benzetilebilir. Eğer azad edilen filius'un bir peculium'u varsa bu emancipatio'yu müteakip kendisine temlik edilir. Ziraî gayrimenkullerin parçalanmasına mâni olmak için emancipatio'nun bu şekilde kullanıldığını kaynaklardan biliyoruz.

IV — KLÁSİKTE SONRAKİ HUKUKTA DEĞİŞME:

Klâsik Hukuktan sonraki devirde emancipatio'nun yukarıda anlattığımız şekli yerine başka bir tarzı kaim oldu. Klâsikten sonraki hukukta bu günkülerine benzer daimî mahkemelerin teşekkül ettiğini biliyoruz. Roma'da taraflar arasındaki muamelelerle halledilen birçok işin artık mahkemeler tarafından hal ve fasl edildiğini de yukarıda gördük. Emancipatio da artık mahkemelerin vazifesine dahil bir muamele olmuştu. Çocuk üzerinde patria potestas'a malik olan kimse mahkeme huzurunda azad etme iradesini, filius familias da bu muameleye rızasını beyan ederdi. Bunu müteakip hâkim – bilindiği gibi artık Roma'da hakemlerin yerini de hâkimler almıştı – azatlama

muamelesinin tamamlandığını resmen beyan ederdi. Bu tarz azatlamamın kabul edildiği ilk devirlerde mahkemeye müracaat ederek azatlama iradesinin beyan edilmesi yetmiyor, ayrıca ilâveten bu azatlamayı destekliyen bir İmparator rescriptum'unun ibrazı da icab ediyordu. İustinianus hukukunda bu Rescriptum'un ibrazı mecburiyeti de kalkmış ve azatlama muamelesi yalnız mahkemenin hükmüne dayanır olmuştur.

III. KISIM

VESAYET VE KAYYIMLIK

§ 20. VESAYETİN MAHİYETİ

I — MAHİYETİ :

Roma Hukukunun esas itibariyle *sui iuris* şahıslarla *alieni iuris*ler arasında bir tefrik yaptığını biliyoruz. Bu tefrike göre *sui iuris* olanlar medenî haklardan istifade bakımından tam ehildirler. Ancak Roma Hukukuna göre bütün *sui iuris* olanların medenî haklarını kullanma ehliyetleri tam değildi. Akıl hastalığı, yaş, cins bakımından medenî hakları kullanma selâhiyetleri olmıyan veya tahdit edilmiş olan birçok kimseler vardır. Roma Hukuku burada bir şahsın mâkul şekilde iradesini izhar edebilip edemediği noktasından hareket etmektedir.

Akil hastası olan veya reşit olmıyan bir kimsenin bu bakımdan iradesi tam veya kısmen de olsa mâkul olmıyabilir. Bu durumda olanlara Roma Hukuku hukukî bir mes'uliyet yüklemeye doğru bulmuyor. Roma Hukuku, kadınların da bu bakımdan hususî bir himaye altında bulundurulması fikrindedir. Sosyal vazifeleri itibariyle daha çok ev işleri ile meşgul olan kadın dış hayatta tecrübesiz ve bilgisizdir. Çocukluktan beri yetiştirilme tarzı bu neticeyi vermiştir. Bunları yaptıkları hukukî muamelelerden dolayı mes'ul ad etmek Roma Hukukunun görüşüne göre doğru değildir.

II — VESAYETİN İLK ŞEKLİ :

Çok muhtemel olarak bütün bu şahıslar en eski devirlerde *alieni iuris* idiler, yani başka birisinin hâkimiyeti altında idiler. Onları yakın bir Pater Familias'ın hâkimiyeti altına koymak her halde normal hal tarzı olmuştur. Bunun böyle olduğunu, vesâyet (*tutela*) nın, artık müstakil bir müessese olarak karşımıza çıktığı, XII Levha Kanununda hâlâ kaasırdan ziyade, vasının menfaatlerini koruyan bir bünye göstermesinden anlıyoruz. *Tutor*, aynen bir Pater Familias gibi kaasırın mâmelekine hükmeder ve çok muhtemel olarak onun şahsı üzerindeki hakkını *rei vindicatio* ile ileri sürerdi. *Tutor*'un kaasır

üzerinde, yalnız, hayat ve memet hakkı yoktu. Kaasıra vasî olarak tâyin edilen şahsın kaideten onun mirasçısı olması, müessesenin bu mahiyetini daha iyi izah ediyor. Vasî burada tabîî şahsî menfaatlerini değil, ailenin menfaatlerini temsil ederdi. Bu veçhesi ile vesâyet, bugün kaasırın menfaatleri için ve yalnız onun menfaatleri için mevcut vesâyetten tamamen başkadır.

Eski devirlerde vasî (Tutor) olarak tâyin edilen kimse ölen Pater Familias'ın en yakın erkek *agnat*'ı olurdu. Bu devirde reşit olmıyan çocukların ve kadınların hiç miras alamadıkları ve bu bakımdan en yakın erkek *agnat*'ın tutela'sı altına değil, doğrudan doğruya Patria Potestas'ı altına düştükleri de söylenmiştir. Herhalde sonraları reşit olmıyan erkek evlât ve evli olmıyan kız evlât miras aldığı halde tutor'ları, gene ölen Pater Familias'ın en yakın erkek *agnat*'ıdır. Bu tutor aynı zamanda, sırada olan ilk mirasçıdır. Eğer erkek çocuklar ve kadın kendilerine düşen mirası iyi bir şekilde idare edemezlerse hakkı ihlâl edilecek olan kimse, tutor tâyin edilmiş olan bu en yakın erkek *agnat*'ıdır. Tutor'un bu miras hakkı (buna Medenî Hukukta «beklenen hak» deriz) erkek çocuk evlenip çocukları oluncaya kadar ve kız çocuk bir manus evlenmesi ile kocasının hâkimiyeti altına girinceye kadar devam ederdi. Bu itibarla ilk devirlerde tutela'nın bu ana kadar devam etmiş olması da muhtemeldir. Tutor, Pater Familias tarafından vasiyetname ile tesbit edilir, eğer edilmemişse kanuna göre en yakın erkek *agnat* vâsi olurdu.

III — HİMAYE VAZİFESİ :

Tutor'un menfaatini korumak için ihdas edilmiş görünen vesâyetin tek çaresi bu değildi. İsminden, Tutor (himaye eden), tutela (himaye) terimlerinden de anlaşılacağı gibi kaasırın himayesi de mühim bir rol oynardı. Vâkıa bu «himaye» kanunen tesbit edilmemişti. Bu himayenin mahiyetini hiçbir kaynak bize bildirmiyor. Zaten daha çok otoriteye ve ailenin bir elden idaresine dayanan bir hukuk sisteminden bunu beklememeliyiz. Kendi çocukları üzerinde patria potestas'a mâlik olan pater familias'ın bu hakkı karşılığında bir de vecibe, himaye vecibesine rastlamamaktayız. Pater Familias'ın bu himayesi nihayet ahlakî müeyyidelere bağlanmıştı. Bugünkü hukuktaki velâyeti bundan dolayı Roma Hukukunda bulamamaktayız. Aynı sebepten dolayı tutela'da kaasırın himayesi ile ilgili hükümleri sarahaten bulamıyoruz. *Tutor Legitimus*'un yani kanunî vasînin (ki yukarda gördüğümüz gibi en yakın erkek *agnat*'dır) vesayeti icab ettiren bir halin hudusu (ezcümle pater familias'ın ölümü) ile kendiliğinden vasî olması ve bu vesâyeti red edememesi de vasayetin hem bir mükellefiyet hem bir hak olduğunu gösterir. Maamafih tutor, tutela'yu in iure cessio ile başkasına nakil edebilirdi.

Roma'da hukukî muameleler sözlü ve şekle bağlı olduğundan konuşamıyan veya şekilleri idrak edemiyen şahısların bunları yapmasına imkân yoktu. Bu gibi muamelelerde küçüğün namına bu hukukî muamelelerin,

onun namına fakat başka birisi tarafından yapılması lâzımdı. Lisana hâkim olduktan sonra da çocuğun yaptığı hukukî muamelenin mahiyetini kavraması gerekirdi. Tutor çocuğun, yaptığı hukukî muamelenin mahiyetini kavrayacak vaziyette olduğunu görürse, (başka bir deyimle çocuk mümeyiz ise) kendisine hukukî muameleler yapabilmesi için selâhiyet (*Auctoritas*) verilebilirdi.

Tutor'un kaasıra selâhiyet vermek suretiyle, onun hukukî muamele yapmasını temin ederken tutela'nın aslı gayesi tekrar kendisini gösteriyor. Kaasır en yakın mirasçısı olan Tutor'un zararına bir hukukî muamele yapmamalı idi. Eğer Tutor bu muameleyi uygun görmüş ve iznini vermişse yapılmasında hiçbir mahzur kalmamış demektir. Bu izin yoksa muamele *Ius Civile* gereğince hükümsüzdü. Demek muamelenin hüküm ifade etmesi en yakın mirasçısı olan tutor'un kontrolüne vabeste idi.

Tutela'nın, kaasırın tam olmiyan ehliyetini tamamladığı fikri çok daha yenidir. Bu yeni görüş altında tutor'un yapılan hukukî muameleye iştiraki kaasırın menfaatlerini korumak için olmakta idi. Tutela'nın bu mahiyeti onu *cura*'dan (kayımlık'tan) sarıh olarak ayırır. Kayyım, himaye ettiği kimsenin natamam ehliyetini tamamlamaz, onun yardımcısı ve müşaviridir.

IV — ZAMANLA DEĞİŞME :

Roma Hukukunda, her milletin hukuk tarihinde olduğu gibi müesseseler zamanla değişmiştir. Biz yukardanberi, değişmekte olan her hukukî müesseseyi, bir bütün olarak devam edip giden akışı içinde tetkik ettik.

Vesayet ise tekâmülü esnasında hukukî mahiyetinde değişiklik geçirmiş müesseselerdendir. Zamanın değişmesiyle kaasırın ve vasînin menfaatleri bakımından durum tamamen değişmiş ve vesâyet kaasır lehine inkişaf etmiştir. Bu, vasînin tâyin ediliş şeklindeki değişikliklerle belli olduğu gibi, vasînin yaptığı işlerin kontrolü, kaasır ile vasî arasındaki karşılıklı talep haklarının doğuşu ve nihayet vesâyetin bir âmme mükellefiyeti olması ile belli oluyor. İustinianus Hukukunda Vesayet (tutela) ile kayyım (cura) nın klâsik hukuktaki mahiyetlerini bir daha kaybettiklerini ve tamamen karıştıklarını görüyoruz. Bu sebepten dolayı, her Roma Hukuku ders kitabında yapıldığı gibi, onları devirlerine göre, ayrı ayrı tetkik edeceğiz.

§ 21. TUTELA VE CURA'NIN NEVİLERİ

Roma Hukukunda Vesayet (*tutela*) ve kayyım (cura) çok çeşitlidir. Tutela aslında reşit olmiyan üzerindeki vesâyet, cura ise reşit olduğu halde himayeye muhtaç olan şahıs üzerindeki vesayettir.

I — VESÂYETİN NEVİLERİ :

Vesayet, Roma Hukukunda muhtelif sebeplerden doğar:

1 — *Impuberes* üzerindeki vesâyet (*Tutela impuberum*) :

Bulûğ yaşına ermiş olmak Romalılarda nispeten eski zamanlardanberi sabit yaş hadlerine bağlanmıştı. Bu yaş, erkeklerde 14, kadınlarda 12 idi. 14 yaşına gelen erkek çocuk, yapılan bir merasim ile baliğ erkeklerin giydiği elbiseyi, *Toga virilis*'i giyer, merasimle Forum meydanına götürülür, orada ismi Vatandaşlar listesine kaydedilirdi. Bu merasim her sene muayyen bir günde, 17 Mart günü yapılırdı. Bu merasimden sonra kendisi hukuken tam ehil sayılırdı. Kızlarda merasim daha çok aile içinde olurdu.

Bulûğ yaşına ermeden evvel şekle bağlı hukukî muameleleri yapabilecek kadar konuşabiliyorlarsa – ki Roma Hukuku bunun için zamanla, sâbit bir hudut olan yedinci yaşı kabul etmişti–, hukukî muamele yapmalarına izin verilebilir. Kaideten bu yaştan sonra hak iktisap edecekleri muameleleri yapmalarına izin verilirdi.

2 — Kadınlar üzerindeki vesâyet (*Tutela mulierum*) :

Bir manussuz evlilik sebebiyle veya evlenmediği halde Pater Familias'ın patria potestas'ı altında olmayan her kadının Roma'da bir tutor'u vardır. Kadın bu tutor'u marifetiyle ius civile'nin mülkiyet intikal ettiren muamelelerini yapabilir, dâva edebilir ve taahhüt muameleleri yapabiliyordu. Kadın üzerindeki bu vesayet Roma'da nispeten erken zamanlarda kıymetini kaybetmiş ve Klâsik Hukuktan beri muhtevassını bir hayli kaybetmiş bir şekil mertebesine düşmüştü.

II — KAYYIMLIĞIN NEVİLERİ :

Cura'nın en eski gayesi ve sebebi bir mâmelekin idaresi idi. Curator'un vazifesi mâmelekini idare edemeyecek vaziyette olanı bu idareden uzaklaştırmak ve idareyi bizzat ele almaktır. Roma Hukukunda cura'nın eskiden beri üç tatbik sahası vardı.

1 — *Cura minorum* : 25 yaşından ufak olan *Pubes minor* her bakımdan haklara ve hukukî muamelelere ehil olmakla beraber tecrübesizliği sebebiyle kendisine bir curator'un verilmesini isteyebilirdi. Bunu sarahaten tesbit eden *Lex Plaetoria* (Milâttan evvel 190), bu talebin mucip sebeplere dayanmasını istiyor ve curator'un talep edileceği merciin Praetor olduğunu teyid ediyordu. Cura minorum sonraları karakterini değiştirmiştir. Curator'un mevcudiyeti halinde Pubes minor'un mâmeleki üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen kalkıyordu (Diocletianus'dan beri). Bu vaziyette Pubes minor'un yalnız iktisap muameleleri muteberdi.

2 — *Cura furiosi* : Akıl hastalarının herhangi bir hukukî muamele yapmalarına imkân bulunmadığından mâmeleklerinin idaresi için kendilerine bir kayyım verildi. Akıl hastasının bu idareye iştiraki pek tabîi olarak imkânsızdı. Burada Cura, tutela'ya çok yaklaşmaktadır. Tâyin edilen curator esas itibariyle en yakın erkek mirasçı olurdu. Burada da, tutela'da olduğu gibi, cura'ya tâbi olanın menfaatleri kadar, kendinin ve ailenin menfaatlerini korurdu.

3 — *Curo prodigi* : Burada müsrife bir curator tâyin edilmektedir. İlk zamanlarda, kendisine kalan mirası sebepsiz yere dağıtan ve israf eden kimseye bir kayyım tâyin edilirdi. Mirasın dışında kalan diğer mallarındaki israf buna dahil değildi. Bunlar üzerindeki israf curator tâyinini gerektirmezdi.

Kendisine curator tâyin edilen müsrif hukukî muamele yapmak, iktisap ve temliklerde bulunmak imkânını kaybederdi. Ancak curator'a verilen selâhiyet hiçbir zaman müsrifin şahsını idareyi içine almazdı. Yalnız onun mâmeleki idare edilir ve bu idare müsrifin namı hesabından ziyade, çocukları ve bakımıya mecbur olduğu kimseler namına yapıldı.

§ 22. ESKİ ROMA HUKUKUNDA TUTELA

I — TUTELA LEGİTİMA:

Roma Hukukunda tutela'nın en eski şekli «*Tutela legitima*» dır. Tutela legitima'nın örf ve adet hukukundan geldiğini sanıyoruz. Bu vesâyette, vasî en yakın erkek agnat olurdu. Eğer agnat yoksa, tutela gens mensuplarına kalırdı. Burada da en yakın gens mensubu tutor olurdu. Görüldüğü gibi tutela Legitima'da, tutor'un tâyin sırası kanunî verasetteki sistemin eşidir. Daha sonraları tutela legitima'yı XII Levha Kanununda da görüyoruz. Kendisine Tutela legitima gereğince tutor olmak vazifesi düşen kimse bu vasiliği red edemezdi. Mutlaka kabule mecburdu. Ancak başkasına in iure cessio ile intikal ettirmesi câiz idi. Bu imkân tutela legitima'nın bir mükellefiyetten ziyade bir hak olduğunu ve patria potestas'a benzediğini gösteriyor.

Tutela legitima kaasrın bir vâsiye muhtaç olduğu, yani patria potestas altından çıktığı anda tahakkuk eder ve tutor o andan itibaren bu vasfını iktisab ederdi. Kadınlarda da vaziyet bunun eşi idi. Tutela legitima aynı şekilde kaasrın ona ihtiyacı bittiği anda sona erer (yalnız kadınlarda tutela daimidir) veya tutor'un *capitis deminutio*'ya uğraması ile son bulurdu. Tutor'un *capitis deminutio minima*'ya uğraması bile kâfi idi. Bu vaziyette kaasr ile agnatik bağı çözülüyordu. Onun artık en yakın agnatik mirasçısı olmaktan çıkıyordu. Tutor olma sıfatı sona erdiğinden yerine, en yakın agnatik yeni mirasçı geçerdi.

II — TUTELA FIDUCIARIA :

Azath köleler hakkında da bir nevi tutela legitima vardı. Bunlar da yaşlarına göre tutela altında idiler. Bunların en yakın agnatları yoktu. Miras Hukuku bakımından kanunî mirasçılarını Patronus veya onun en yakın agnat mirasçısı idi. Aynı prensipten hareket edilerek bunların azath kölenin tutor'u olacağı kabul edilmişti. Eğer azatlanan, köle değil de Mancipium'dan çıkmışsa, onun da Patronus'u en yakın kanunî mirasçısı olacağından, azatlının tutor'u olurdu. Bu tutela'yı diğerinden tefrik etmek için isim tefriki yapılır, *tutela fiduciaria* denirdi.

III — VASİNİN SELÂHIYETLERİ :

İlk devirlerde bugün anladığımız mânada hakikî bir vesâyetten bahsetmeğe bile imkân olmadığını görmekteyiz. Vasî, kaasırın mâmelekinin mâliki gibi bir duruma geliyordu. Pater Familias nasıl filius familias'ın mâmelekinin – mevcut farz edilirse – mâliki ise vasî de kaasırın mâmelekinin o şekilde mâliki idi. Vasînin Pater Familias'dan farkı, kaasırını öldürememesi ve evlât olarak başkasına verememesindedir. Vasî gereken tasarruf ve taahhüt muamelelerini bizzat kendi yapar ve bu muameleler sonunda bizzat iktisapta bulunurdu. Zaten Roma Hukukunun şekle bağlı – Mancipatio, in iure cessio – iktisap muamelelerinde başkasının namına iktisap etmeğe imkân yoktu. Bu bakımdan vasî evvelâ kendi namına ve bizzat iktisap eder, iktisab ettiğini sonra kaasırın mâmelekine devrederdi. Buna mukabil yaptığı taahhüt muamelelerinden dolayı vasî bizzat mes'ul olurdu. Bu taahhüt muamelelerini kendi mâmeleki ile karşılaması lâzımdı.

Nispeten erken zamanlarda, daha Cumhuriyet devrinin başında kaasırın, mâmeleki ile ilgili muameleleri bizzat yapmasına izin verilmeğe başlandı. Verilen bu izin (*auctoritas*) ile kaasır eğer *infantia* yaşını geçmişse hukukî muamele yapabiliirdi.

Bu «auctoritas» ın nasıl verildiğini bilmiyoruz. Sonraları hukukî muamele yapılmadan evvel vasînin, diğer âkide yaptığı şekle bağlı olmıyan bir beyanı ile iktifa ediliyordu. Zamanla kaasırın kendisine yalnız fayda sağlıyan, hibe kabulü gibi muameleleri vasînin izni olmadan da yapabileceği kabul edildi.

IV — DİĞER VESAYET ŞEKİLLERİ:

Tutela legitima'nın yanında zamanla iki tutela şekli daha görüyoruz. Bunlar *Tutela testamentaria* ve *tutela dativa*'dır.

1 — *Tutela testamentaria* (Vasiyetname Vesâyeti): Pater Familias ölümünden sonra hâkimiyetten kurtulacak olan küçük Filius'a veya kız çocuklara vasiyetname ile bir vasî tâyin ederdi. Bu tarz vesayeti de XII Lev-

ha Kanununda görmekteyiz. Kanunî vesâyette (tutela legitima) zaten en yakın mirasçı vâsi tâyin edildiğinden Pater Familias en yakın mirasçıyı vâsi tâyin etmek isterse vasiyet yapmaz, işi olurluna bırakırdı. Ancak en yakın mirasçıyı vâsi yapmak istemediği vakit, tutela testamentaria'ya müracaat ederdi. Bunu tatbikatta, Pater Familias'ın en yakın mirasçısının kaasırın menfaatlerini iyi koruyamayacağı şüphesi ile yaptığına şüphe yoktu. Tutela testamentaria bugünkü vesâyet müessesesi için ilk adım sayılabilir. Zira burada vasînin malların mukadderatı ile bir ilgisi olmadığından kendi menfaatlerini değil kaasırın menfaatlerini gözetirdi. Vâsi yapacağı hukukî muameleler karşısında bitaraf idi. Bu vesâyet, bir hakkın devrinden ziyade bir mükellefiyetin tahmili karakterini taşıdığından red edilebilir, fakat başkasına, tutela legitima'da olduğu gibi, temlik edilemezdi. Bu vesâyet vâsinin *capitis deminutio minima*'ya uğramasında sona ermezdi. Çünkü vesâyetin mesnedi agnatik münasebet değildi. Tıpkı vâsiyetname ile mirasın bulunmadığı zaman kanunî mirasın tatbik edildiği gibi Tutela testamentaria sona erdiği veya red edildiği zaman yerini tutela legitima alırdı.

2 — *Tutela Dativa* (Tâyin suretiyle vesâyet): Ne tutela legitima, ne de tutela testamentaria'nın tatbik edilemediği, bu tutela'ları üzerine alabilecek kimselerin hiç bulunmaması halinde kaasıra Praetor tarafından bir vâsi tâyin edilirdi. Bu tarz vâsi tâyininin ne vakitten beri tatbik edildiği malûm değildir. Sonraları (Milâttan sonra 2 nci Asırda) *Lex Atilia* ile Praetor'ların bu babdaki selâhiyetlerinin tahdit edildiğini biliyoruz. Fakat tutela dativa'nın menşei hakkında bilgiye sahip değiliz.

V — VASİNİN MES'ULİYETİ:

İlk devirlerde vasînin kaasırın muamelelerini sevk ve idaresi hususî bir makam tarafından kontrol edilmemekte idi. Vasiye karşı yerine göre üçüncü şahıslar, yerine göre kaasırın kendisi harekete geçebilir ve bir dâva ile hem onun mahkûmiyetini, hem de vâsîlikten uzaklaştırılmasını isteyebilirdi. Bu dâvalar iki türlü idi.

1 — *Actio rationibus distrahendis*. Kaasırın mallarından zimmetine geçiren vâsi hakkında bu dâvayı bizzat kaasır açabilirdi. Bu dâvada vâsîden evvelâ hesap vermesi istenirdi. Verilen hesapta çıkacak olan açıklarda eksik malın kıymeti takdir edilir (*Aestimatio*) ve vâsi bu kıymetin iki mislini ödemeğe mahkûm edilirdi. İki misli ödeme hükmünden de görüldüğü gibi *Actio rationibus distrahendis* bir ceza dâvası idi. Bu dâva yalnız tutela legitima'da açılabilirdi. Kaasır bu dâvayı muhtemelen vesâyetin hitamında açabilirdi.

2 — *Accusatio suspecti tutoris*. Bu da bir ceza dâvası olup işini iyi görmiyen vasînin bu işten uzaklaştırılması gayesiyle açılırdı. Bu dâva yalnız

tutela testamentaria'da bahse konu olabilir ve her üçüncü şahıs tarafından ileri sürülebilirdi. Kaasırın kendisi bu dâvayı açamazdı. Bu dâvayı icab ettirecek bir hal gördüğünde araya, dâvayı yürütecek bir üçüncü şahıs koyması lâzımdı.

Muhtemelen bu dâvanın hedef tuttuğu ceza mahkûmiyeti (bir isminin *crimen suspecti tutoris* olmasından da bu anlaşılıyor) vasının işi sadakat ve doğrulukla görmemesi, *fides*'i ihlâl (*fraus*) etmesine dayanabilir. Bu dinî (*sacral*) kaidelere göre cezalandırılması gereken bir suç idi. Ceza olarak neyin verilebildiğini bilmiyoruz. Crimen terimi burada çok ağır bir cezanın bahse konu olacağını göstermektedir. Çünkü dâva, tâkip tarzı itibariyle bir âmme dâvasıdır ve Crimen terimi XII Levha Kanunu devrinde hemen hemen daima idâm ile cezalandırılırdı. Bu ağır ceza, vasının vazifesini ifadaki serbestinin bir muvazene unsuru gibidir.

§ 23. CUMHURİYET DEVRİNDEN SONRA VESAYET

I — VASİNİN TAYİN TARZI:

Cumhuriyet devrinden sonra Vesâyetin haricî şeklinde mühim bir değişiklik görmüyoruz. Vasilerin tâyin tarzları hakkındaki üç şekil (tutela legitima, testamentaria ve dativa) aynen devam etmekte, yalnız erkeklerin vasî olabileceği hükmü tatbik edilmektedir. Roma telâkkilerine göre kadın vâkia çocuğun her türlü terbiyesi ve yetişmesi ile tavzif edilebilir, çocuk ona tamamen tevdi edilebilir, fakat gereken anda, mühim bir kararda erkeğin fikrine göre hareket etmek daha doğru idi. Aile hâkimiyeti fikri Romalılarda Cumhuriyetten sonra bütün klâsik hukuk devrinde de sarsılmamış, Manus'un bulunduğu evliliklerin fiilen yapılmaması sebebiyle kadın erkekle aile içinde müsavi duruma geldiği halde vesâyette eski hükme bağlı kalmıştır.

II — VASİNİN MENFAATI:

Dış şekli ile değişmeyen tutela, mahiyeti ve gayesi itibariyle Cumhuriyet devrinden sonra tamamen değişmektedir. Artık tutela, vasının menfaati ile ilgili değildir. Vasının müstakbel haklarını koruyabilmesi için ihdas edilen vesâyet, fikren tamamen kaybolmakta, vesâyetin kaasırın menfaatleri için olduğu telâkkisi hâkim gelmektedir. Bunun bir çırpıda olmadığı muhakkaktır. Evvelâ vasının menfaati yanında kaasırın da menfaati gözetilmiş, sonra bu iki menfaat eş olmuş ve nihayet kaasırın menfaati ağır basmıştır. Artık vasîlik bir âmme mükellefiyettir. Âmme mükellefiyeti olması itibariyle vasının vazifesini ne dereceye kadar yaptığı hakkında bir kontrol ihdas edilmiştir. Bu kontrol devlet tarafından yapılmaktadır. Maamafih bu kontrole rağmen tutela – ve cura – hususî hukuk müessesesi karakterlerini tam muhafaza etmektedir.

III — KADINLAR ÜZERİNDEKİ VESAYET :

Kadınlar üzerindeki vesâyet ilk devirlerde vesâyetin diğer hallerinden pek ayrılmadığı halde Cumhuriyet devrinden beri müstakil bir tekâmül geçirmiştir. Kadınlar üzerindeki vesâyet hiç şüphesiz Roma Hukukunun iptidâî müesseselerindendi. Roma Hukukunun an'anelerine ne kadar bağlı olduğunu ve eski müesseseleri kolay kolay tasfiye edemediğini biliyoruz. Ancak Roma Hukukçuları zamanla kıymetini ve mânasını kaybetmiş olan müesseseleri tatbik etmemekte ve inkişaf ettirmemekte idiler. Kadınlar üzerindeki vesâyette inkişafın devam etmemesi kadının durumu bakımından zararlı olmuştur. Çünkü vesâyet en eski şeklini, bu hali ile kadının nef'ine olmaktan ziyade vâsinin haklarını koruyan karakterini muhafaza etmiştir. Halbuki kadın Cumhuriyet devrinin sonlarından beri hak ve hürriyetleri bakımından erkeğe yakın bir durumda idi. Manus'lu evlilik tatbikten düşmüş, kadın mâmeleki ile müstakil bir şahıs vasfını iktisab etmişti. Buna rağmen vesâyetten kurtulamadığını ve bu vaziyetin Klâsikten sonraki Hukukta bile devam ettiğini görüyoruz.

§ 24. TUTELA İMPUBERUM

I — MEFHUM :

Tutela impuberum, başkasının hâkimiyetine tâbi olmyan, yani sui iuris bulunan, fakat bâliğ olmyanda, yani küçükte olurdu. Sui iuris olan bu küçüklere kaideten *Pupillus* denirdi. Tutela impuberum, yukarda gördüğümüz veçhile üç tesis sebebinden birine dayanabilir: Ya kanuna (tutela legitima) ya vasiyetnameye (tutela testamentaria) veyahut Praetor'un tâyinine (tutela dativa). Bu üç türlü vesâyet fonksiyonları, mes'uliyet ve tatbik tarzları itibariyle Klâsik Hukukun başına kadar birbirinden ayrılır.

II — TUTELA LEGİTİMA İLE TAYİN :

Tutela legitima, artık sadece vâsiyetname ile bir vâsinin tâyin edilmemesi hallerinde tatbik ediliyordu. Biraz evvel kadınlar üzerindeki vesâyette söylediklerimizi burada da tekrarlayabiliriz. İnkişaf ettirilmeyen bu müessese eski sertliğini muhafaza etmiştir. Kaasrın en yakın agnat'ı vasî olurdu. Herhangi bir sebeple bu agnat'ın aradan çıkması halinde ondan sonra sırada olan yerini alır ve tutor olurdu. Eğer aynı derecede birden fazla Agnat varsa, (birden ziyade erkek kardeş gibi) bunlar müştereken vasî olurlar ve bu işi bir arada görürlerdi. Cumhuriyet devrinde Agnat'ın bulunmaması halinde Gens mensuplarının vasî olacağı hükmü tatbikten kalkmıştır, artık agnat bulunmadığı hallerde tutela dativa yoluna müracaat ediliyordu.

Kanun tarafından tâyin edilmiş olan tutor'un, Cumhuriyet devrinden evvel olduğu gibi bu vazifeyi kabul etmemesi, terk etmesi caiz olmadığı gibi,

artık onu in iure cessio ile başkasına devretmesi de mümkün değildir. Zaten vasiyetname ile bir vasînin tâyin edilmemesi hallerinde kendisine müracaat edildiğinden bu vazifeyi red etmesine veya başkasına devretmesine cevaz yoktu. Bu hali ile tutela legitima'nın da bir mükellefiyet olduğu bile söylenebilir.

III — VASİYETNÂME İLE TAYİN :

Cumhuriyet devrinin klâsik hukuk devrinin en çok tatbik edilen vesâyet şekli *tutela testamentaria*'dır. Pater Familias kendi ölümü ânında sui iuris olmakla beraber hâlâ 12 veya 14 yaşından küçük çocuklara vâsiyetname ile bir vâsi tâyin ederdi. Tutela testamentaria çok çabuk inkişaf etmiş ve yalnız Pater Familias tarafından değil, ailenin başka fertleri tarafından, ölümleri ile sui iuris olmıyan kimselere de tâyin edilmeye başlanmıştır. Ezcümle anne, mirasçı nasbettiği çocuğuna, baba, emancipatio ile azat edilmiş çocuğuna, Patronus, babanın veya annenin kardeşleri vasî tâyin edebilir hale geldiler. Yalnız bütün bunların tâyin ettikleri vasîlerin bu işi üzerlerine alabilmeleri için, tâyinin Magistratus tarafından tetkik edilmesi, vasînin işe elverişli olup olmadığının bir *inquisitio* (kontrol) dan geçirilmesi ve eğer uygun görülüyorsa tasdik edilmesi (*Confirmatio*) lâzımdı. Çok defa Magistratus bu confirmatio'su ile vasiyetnamede, vasî tâyininde mevcut bir şekil noksanını da tashih etmiş ve vasiyetnamenin bu hükmünü muteber hale getirmiş olurdu.

Vasiyetname ile tâyin edilen Tutor, eğer Pater Familias tarafından tâyin edilmişse, vasiyetnamenin tatbiki başladığı andan itibaren, eğer başka kimseler tarafından tâyin edilmişse Confirmatio ile işine başlardı. Vasiyetname ile tâyin edilen tutor bu vazifesini başkasına devredemez, buna mukabil mazeret beyan etmek suretiyle vazifeden affını isteyebilirdi (*abdicare*).

Vasiyetname ile tâyin edilen tutor'un şahsı hususunda takyit yoktu. Herkes bu şekilde vasî tâyin edilebilirdi. Bu tâyin'in şarta bağli yapılmasının da mümkün olması, ilerde iyi olmaları şartı ile akıl hastalarının bile vasî tâyin imkânını bize anlatıyor.

IV — MAGİSTRATUS TARAFINDAN TAYİN :

Magistratus tarafından tâyin edilen tutor (*tutor dativa*) hakkında Cumhuriyet devrinde yeni bir kanun görüyoruz. Bu, milâttan evvel 210 veya 200 yıllarında çıkmış olan Lex Atilia'dır ve halk tribünü L. Atilius tarafından ortaya konmuştu. Kat'î olarak yılını bilmemekle beraber Milâttan evvel 186 senesine ait olan Senatus Consultum de Bacchanalibus'da bu Lex Atilia'nın bahsi geçmektedir. Kanunî veya vasiyetname ile tâyin edilmiş bir vasîsi bulunmıyan kaasıra Praetor bir vasî tâyin etmek mecburiyetinde idi. Ancak Lex Atilia'dan beri bu tutor'un yalnız Praetor tarafından tâyin edilmesi kifayet etmeyip, bu tâyin'in halk meclisi tatarından tasdik edilmesi de lâzımdı. Aslında bu selâhiyet yalnız Roma şehrinin Prator'una verildiğinden dolayı

tutela dativa'nın eyaletlerde tatbik imkânı yoktu. Müteakiben evvelâ Lex Titia ile ve daha sonra bir Lex Æulia ile bu imkân eyalet Magistratus'larına ve valilere de tanındı. Roma şehrinde vesâyet işlerinin artması sebebiyle bu iş için ayrı ve hususî bir pretor'luk ihdas edildi. Adı *Praetor tutelaris* olan bu memuriyet İmparator Marcus Aurelius zamanında ihdas edilmiştir.

Praetor tarafından tâyin edilen bu Tutor, bir bakımdan kanun tarafından tâyin edilen tutor'a, diğer taraftan vasiyetname ile tâyin edilene benzerdi. Vesayeti bir başkasına intikal ettiremez, diğer taraftan arzusuna göre, serbestçe vâsilikten ayrılamazdı. Vesayet vazifesinden ancak haklı mazeretler tahtında itizar edebilirdi. Bunu yapan vasî, kaideten kendi yerine bu işi daha iyi yapabilecek birini teklif ederdi. Praetor tarafından tâyin edilen vasînin şahsî menfaatini temsil etmediği, kaasrın menfaatine hareket ettiği ve yaptığı işin bir vazife olduğu hakkında şüphé yoktur.

§ 25. TUTELA İMPUBERUM'UN İDARESİ

I — İDARENİN TARZI:

Ashında yalnız mâmelekin idaresi olan, vasînin menfaatini korumak için ihdas edildiği için kaasrın şahsına ihtimamı ihtiva etmiyen tutela impuberum, Klâsik Hukuk devrinde bu mahiyetini değiştirmişti. Artık vasî kaasrın şahsına da ihtimam edecek, onun yetişmesi ile ilgili tedbirleri alacak ve arzularını mümkün olduğu kadar gözönünde tutacaktı. Roma Hukukunda bu vazifelerin vasîye zamanla ve örfü âdetle verildiğini görüyoruz. Vasî kaasrın terbiyesini bizzat ele almak, onu bizzat yetiştirmek mecburiyetinde değildi. İsterse bunu da yapabilir, iaşesini de bizzat temin edebilirdi. Ancak bu sahadaki mükellefiyeti bizzat bakmaktan ziyade nezaret etmek, yetişeceği yeri ve tarzı tesbit etmek ve kaasrın mâmelekenden bu yetişmenin ve kaasrın iaşesinin masraflarını almaktır. İhtilâf halinde, veya nereye yerleştirileceği probleminin çözülememesi halinde Magistratus mahalli tâyin ederdi.

II — MAMELEKİ İDARE MÜKELLEFIYETİ:

Kaasrın şahsına ihtimam mükellefiyetinin yanısıra, vasînin asıl vazifesi gene, kaasra ait mâmeleki idare idi. Eski devirlerde mâmelek üzerinde hak sahibinin evvelâ vasînin kendisi gibi görüldüğünü biliyoruz. Bu telâkki artık terkedilmiş ve mâmelekin mâlikinin kaasır olduğu kabul edilmiş bulunuyordu. Vasî, bu mâmelekin kendisine itimada dayanılarak tevdi edildiği şahıstan başka bir kimse değildir. Mâmeleki idare etmesi, muhafaza etmesi ve ona ihtimam etmesi icap eder.

Bu bakımdan vasî, kaasra ait mâmelekin zilyedir. Mâmelek üzerinde her türlü tasarruf muamelelerini vasî yapabilir, kaasır namına dâva açabilir

ve dāvaya muhatab tutulabilir. Hukuken kaasırın, vasî marifetiyle iktisapta bulunmasına imkân yoktu. Vasinin kaasır namına iktisap ettiklerini ona yeni bir hukukî muamele ile intikal ettirmesi lâzımdı. Buna ise hukuken imkân yoktu. Vasinin bir defa kaasır namına, bir defa kendi namına kendisi ile hukukî muamele yapması mümkün değildir. Roma Hukukçularının bu müşkülü hal hal için buldukları hal tarzları zikre degecek kadar enteresandır. Evvelâ bu durumda vasinin hukuken elde ettiği mülkiyetten ve diğer haklardan kaasırı, vesayetin sonuna kadar fiilen istifade ettirmesi ve vesayetin bittiği anda mülkiyeti kaasıra intikal ettirmesi hal tarzı olarak tatbikatta karşımıza çıkıyor. İkinci yol vasinin yaptığı iktisap muamelelerini kaasıra ait bir köle ile yaptırması şeklindedir. Bu suretle haklar köle dolayısıyla kaasıra intikal etmiş olur.

Vasî yaptığı hukukî muamelelerden dolayı yalnız kendisi mes'ul olduğu, taahhüt muamelelerinden dolayı yalnız vasî aleyhine müracaat edilebildiği halde, tatbikatta Praetor alâkalıya – ve hattâ kaasıra bile – bir *Actio Utilis* tanımaktadır. Kaldı ki kaasır, temyiz kudretini elde etmiş ad edildiği *infantia maior* halini iktisap etmekle, çok defa vasî tarafından selâhiyetli kılınır ve birçok hukukî muameleleri bizzat yapardı. Bunun için vasinin bir *auctoritas*'ına ihtiyaç vardı. Bu auctoritas şekle bağlı değildi. Hukukî muamelenin yapılmasından evvel verilmesi gerekirdi. Hukukî muamele yapıldıktan sonra sonradan, icazet şeklinde verilmesi mümkün değildi. Tutor'un, kaasıra, bizzat kendisi ile, yani Tutor ile bir hukukî muamele yapması hakkında selâhiyet vermesi de Roma Hukukunda muteber değildi. Yani bir taraf Tutor, diğer taraf ise kaasırın kendisi olan bir hukukî muamele mümkün değildi.

Buna karşılık selâhiyetin bulunmaması hallerinde kaasırın yaptığı hukukî muamelelerde, diğer âkide, kaasıra karşı bir sebepsiz iktisap dāvası açmak imkânını tanımak mümkündür.

III — VESAYETİN İDARESİNDE USUL :

Klâsik Hukuk devrinde vesayetin idaresi hakkında birtakım esaslara varılmış oldu. Bu kaidelere göre vasî,

1 . Kaasırın bütün mallarının bir defterini tutmaya mecburdu. Bu deftere her türlü değişikliklerin kaydedilmesi lâzımdı.

2 . Vasî, kaasırın parasını iyi bir şekilde işletmek mecburiyetinde idi. Roma Hukukunda yerleşmiş olan bir kanaate göre bir sermayenin en emin işletme şekli onu gayrimenkule tahvil etmektir. Bu bakımdan vasî, kaasırın paralarını bir gayrimenkule tahvil etmeliydi. Roma'da altın, o zamanın anlamına göre para, gayrimenkul kadar emin sayılmazdı. Altının işletilmesi paranın faiz ile karz verilmesi şeklinde olacağından, bu işin muhatarası nispeten yüksekti. Roma'da faiz nispetinin çok yüksek olması bu riskin büyüklüğünün alâmeti sayılabilir.

3. Vasî kaasıra ait mallardan zamanla kıymetini kaybedecek olanları, veya bozulabilecek olanları (mütesariülfesad mal) elden çıkarmıya ve paraya kalbetmeğe mecburdur. Bu hüküm sonraları elde bulundurulmasında bir fayda bulunmıyan ve paraya veya binnetice bir irada tahvili daha doğru olan her türlü mallara teşmil edilmiştir.

4. Vasî alacak hakları hakkında, kontrol makamı olan Magistratus'a muntazam haber verecek, emin görünmiyen alacak haklarının derhal tahsili cihetini arıyacaktır.

5. Vasî, kaasırın mallarından, sosyal icapların mâkul gördüğü hediye-ler hariç, hiçbir hibede bulunamazdı.

6. Vasî, daha evvel Magistratus'un iznini almadan kaasıra ait, ister şehirlerde bulunsun, ister şehirler dışındaki ziraî gayrimenkuller olsun, bir *immobilia*'yı temlik ve rehnedemezdi.

7. Çok sonraları, Klâsik Hukuktan sonra 4 ncü asırda vasînin menkul ve gayrimenkul hiçbir malı temlik edemeyeceği ve elinden çıkaramıyacağı hükmü vaz edildi. Bu suretle vasî artık malları yalnız idare edebilen, onlara el süremiyan bir kimse haline düşmüş oluyordu.

IV — VASİNİN BİRDEN ZİYADE OLMASI :

Vesayetin idaresi, vasîlerin birden ziyade olması halinde de hususiyet arzederdi. Roma Hukukunda birden ziyade vasînin mevcudiyeti çok eskidenberi vardı. Tutela legitima en yakın agnat'a vasî olmak hakkını vermekte idi. En yakın agnat'ın birden ziyade olması, hepsinin aynı derece, hısım meselâ kardeşler olması halinde mümkündü. Bu vaziyette içlerinden biri vasî olmaz, bu vazifeyi hep beraber üzerlerine alırlardı. Eskidenberi tatbikatın bu şekilde olmasından dolayı *tutela testamentaria*'da da pater familias'ın birden ziyade vasî tâyin ettiğini görüyoruz. Praetor tarafından tâyin edilen vasîde (*tutela dativa*) bu imkân selbedilmiş olmamakla beraber, fazla kullanılmadığı muhakkaktır. Eğer Praetor hakikaten birden ziyade tutor tâyin etmişse bunlara aynı zamanda bir arada bu vazifeyi görmek mükellefiyeti tahmil edilmez, her birinin faaliyet sahası tefrik edilirdi. Çok geniş, ve birbirinden uzak yerlerde malları olan kaasırlarda birden ziyade tutor tâyin edilirdi.

Birden ziyade Tutor'dan hangisinin vesayeti idare edeceği hakkında vasiyetnamede bir hüküm yoksa hepsinin birden ve ittifak ederek bu vazifeyi görmeleri icabederdi Nitekim ilk devirlerde tutela legitima'da birden ziyade agnat'ın tutor olduğu hallerde idare hepsine birden ait olur ve kararlarını ittifak ederek almaları gerekirdi. Bu tarz idarenin çok kullanışsız olması, zamanla hükmün değişmesini intac etti. Artık birden ziyade tutor'dan yalnız birinin vesayetin fiilen sevk ve idaresi ile tanzif edildiği kabul edildi. Eğer vasiyetname ile bu tutor'un hangisi olduğu tesbit edilmemişse, bu tesbiti

Praetor yapar oldu. Bu tesbiti yaparken praetor en geniş teminatı verebileni işlerin sevki idaresi ile tavgif ederdi.

V — DİĞER VASİLER:

Yukarıdan beri gördüğümüz ve işleri fiilen gören vasîlerin yanında Roma Hukuku, iki tarz vasî daha tanımaktadır ki bunlar tutor ismini taşımakla beraber hakikatte birer tutor değillerdi.

1. Mevcut vasiye yardımcı olarak tâyin edilen ve kaideten azatlı bir köle olan «tutor». (*Tutor propter rerum notitiam datus*). Yardımcı veya müşavir olarak tâyin edilen bu kimse asıl vasiye yardım ederdi.

2. Şeref için, tâyin edilen tutor (*Tutor honoris causa datus*). Bunun da hiçbir vazifesi yoktur. Asıl işi gören vasînin müşaviri de değildir. Çok defa işi daha iyi görebilecek bir üçüncü şahsın vasî tâyin edilmesinde aile büyüğünün güvenmemesi için ona da *tutor honorarius* lâkabı verilirdi.

§ 26. KAASIRIN VESAYETTEN DOĞAN TALEP HAKLARI VASİNİN MES'ULİYETİ

I — DOLUS VE DİLİGENTİA'DAN DOLAYI MES'ULİYET :

Tutor'un ilk devirlerde kaasırdan ziyade kendi menfaati için hareket eden bir kimse olması mes'uliyet bakımından ancak *Dolus* = Kast'dan dolayı sorumlu olacağı fikrini ortaya koymuştu. Vesayet, vasiyi mükellefiyet altında bırakmadığından, vasînin yaptığı muameleleri bir bakımdan kendi menfaati için yapmasından dolayı mes'uliyetinden bahsetmek zaten hemen hemen imkânsızdı. Vasînin ancak kasden hareket ederek kaasırı zarara sokması mes'uliyetini mucip olurdu. Yukarıda da gördüğümüz gibi *pupillus*'un vasiye karşı haiz olduğu en eski dâva *Infamia* neticesi tevlit eden bir haksız fiil dâvası mahiyetindedir. Vasînin mes'uliyeti bir taraftan *dolus* ile mahdut olmakla kalmıyor aynı zamanda müsbet bir hareketine ihtiyaç duyuluyordu. Sırf içtinap etmesi ile doğan bir zarardan dolayı, dolus bulunsa bile mes'ul olduğu çok şüphelidir. Burada *Lex Aquilia*'ya fikren yaklaşan bir hal görüyoruz: İhmali hareketler mes'uliyetin kaynağı olmamaktadırlar.

Klâsik hukuk devrinde ise uzun zamanlardan beri devam eden değişme kendisini mes'uliyette de göstermektedir. Kendisi için hukukî muamele yapan bir kimsenin göstereceği ihtimam kadar bir ihtimam vasîden de aranmaktadır. Bu, bir *Diligentia* mes'uliyetidir. Vasî burada *diligentia quam suis rebus* (kendi mallarına göstereceği ihtimam) derecesinde mes'uldür. Ancak bu ihtimam yalnız mevcut malların muhafazası sahasına inhisar etmemekte, bunların işletilmesi, satılması ve daha çok irat getiren diğer eşyalara kalbi

işinde de tatbik edilmektedir. Bu ihtimamı göstermiyen vasî mes'ul olurdu. Klâsik Hukuk devrinde vasinin yapacağı, yapabileceği ve herhalde yapması gereken işleri yukarıda § 25 kısım III de göstermiştik. Burada tesbit edilen faaliyet sahalarını tecavüz eden vasî de aynı şekilde mes'ul addedilirdi.

Vasiye yükletilen bu mes'uliyetin kuvveden fiile çıkarılması için, vesayeti deruhte ederken münasip bir teminat göstermesi istenirdi. Bu aynı veya şahsî bir teminat şeklinde olabilir ve miktarı kaasırın mâmeleki ile mütenasip olurdu. Teminat verecek olan vasî bunu gerçekleştirmeden işi devralamazdı. İlk devirlerde birden çok vasîden, teminatı verenin tazif edildiği zannediliyor. Bunun bilhassa *tutela testamentaria*'da olduğu çok muhtemeldir. Praetor'lar çok geçmeden bunu kanunî vasilerden de istediler. Yalnız Praetor tarafından tâyin edilen, ve bu tâyininde zaten muteber bir kimse olup olmadığına dikkat edilen kimseden bir *Cautio* (teminat) talep edilmezdi. Sonraları bu teminatın ayrıca verilmesine ihtiyaç kalmamış, vasinin bütün mâmeleki üzerinde bir ipotek hakkı bulunduğu kabul edilmiştir.

II — MES'ULİYETLE İLGİLİ DÂVALAR:

Bu mes'uliyet birtakım dâvalarla gerçekleştirilebilirdi.

Yukarıda kısaca en eski şekillerini gördüğümüz bu dâvaların esaslarını daha yakından tetkik edelim

1. *Accusatio suspecti tutoris* tam mânası ile bir «*actio*» olmayıp vasiye karşı açılan bir ceza dâvası, âmme dâvasıdır. Dâva herkes tarafından açılabilir ve iddia, vasinin dolus ile hareket ederek kaasıra zarar vermiş olduğudur. Mahkûm olan vasî aynı zamanda *infamia*'ya düşer, gereken ceza mahkûma Magistratus tarafından tâyin edilirdi. Mahkûmiyet ile vasinin yerine bir diğeri tâyin edilirdi. Bu yeni tâyin, ilk tâyin edilen vasî vasiyetname ile tâyin edilmiş olsa bile, artık Magistratus tarafından olurdu. Aslında yalnız *tutela testamentaria*'da tatbik edilebilen bu dâvanın Klâsik hukuk devrinde diğeri vesayet hallerine teşmil edildiği tahmin edilmektedir.

2. Gene, aslında yalnız kanunî vasilere tatbik edilebilen ve kaasıra ait malların zimmete geçirilmesi veya ihtilâs edilmesi hallerinde bahse konu olan «*actio rationibus distrahendis*» dâvasının da klâsik hukuk devrinde bütün vasilere tatbik edildiği kat'iyetle bilinmemekle beraber tahmin edilmektedir.

3. Kaasırın, vasiye karşı haklarını belirtebileceği asıl dâva daha cumhuriyet devrinin sonundan beri mevcut olan «*actio tutelae*» idi. Bu dâva yukardaki iki yoldan tamamen ayrı bir hukukî düşünüş tarzına dayanıyor ve vasinin, vesayeti icra ederken kendi haklarını korumadığı, bir mükellefiyet altında olduğu fikrini belirtiyordu. *Actio tutelae* bir hüsnüniyet dâvası idi. Dâvanın açılabilmesi vasinin, vasî olması sıfatına değil, muameleleri iyi bir

şekilde sevk etmediği hâdisesine dayanıyordu. Bu hali ile *actio mandati*'ye veya *actio negotiorum gestorum*'a benzemekte idi.

Dâvayı kaasır açabilirdi. Dâva, vesayetin sona ermesinden sonra açılır ve hüsnüniyete göre haklı görülebilecek her talep yapılabilirdi. Bu talebin genişliği vasinin mes'uliyetinin genişlemesi neticesini tevhit etti. Vasi artık yalnız müsbet hareketleri ile sebebiyet verdiği zararı değil, ihmali ile uğranılanı da karşılamaya mecbur oluyordu. Artık vasinin dolus'dan ibaret olan mes'uliyeti genişlemiş ve klâsik hukukun sonuna doğru culpa mefhumuna kadar gelmişti. Actio tutela'de de mahkûmiyet infamia tevhit ederdi. Infamia hükmü bu dâvanın aslında dolus malus'a dayandığının bir alâmeti gibi kalmıştır.

III — MES'ULİYETİN GENİŞLETİLMESİ:

Actio tutelae'nin bir faaliyet gösteren veya faaliyet göstermesi icabederken bunu yapmayan vasiye karşı açılabilmesi, işi üzerine almamış olan vasiye karşı açılmıyacağı çok tabii idi. Bu vaziyet bilhassa birden ziyade vasinin bulunduğu hallerde ehemmiyet iktisab ederdi. İş fiilen deruhte etmemiş olan vasinin bu dâva ile mes'ul edilmesi imkânsızdı. Birden ziyade vasinin tâyininin gayesi ise çok defa mes'uliyeti genişletmek ve idareyi daha iyi bir hale getirmektir. Bu itibarla mes'uliyet hakkındaki hükümlerle, birden ziyade vasinin mevcudiyetini ahenk haline getirmek mecburiyeti çok eski zamanlardan beri hissedilmiştir.

a) Cumhuriyet devrinde actio tutelae'nin sarîh durumu karşısında denenilen yol vasinin işe el koymuş olması mefhumunu genişletmek teşebbüsüdür. Herhangi bir hareketi ile vesayet işlerine karışmış olan vasinin müteakip muamelelere de tesir etmiş olduğu kabul edilmek suretiyle mesuliyet kendisine teşmil edilmiş ve actio tutelae'nin kendisine karşı açılması kabul edilmiştir.

b) Klâsik Hukuk devri içinde Magistratus'un, birden çok vasinin bulunduğu hallerde işi fiilen ele almaları için bunları zorhyabileceği kabul edildi. Nihayet asıl hal tarzını Roma Hukuku, İmparator Marcus Aurelius zamanında 50 gün zarfında mazeretini beyan etmek suretiyle vasi olmaktan itizar etmiyenin işi üzerine aldığı kabul edileceği şeklinde buldu. Bu fiktif hal tarzı ile müşterek vasilerin hepsi mes'ul oluyordu. Ancak her birisi için vesayetin aralarından yalnız biri veya muayyen bazıları tarafından idare edildiği, kendisinin işlere bakmadığı şeklinde bir defa ileri sürmek suretiyle mes'uliyetini ikinci dereceye düşürmek ve asıl işleri gören vasinin ödiyemediği miktar için mes'ul kalmak imkânı vardı. Azatlı kölelerden tâyin edilen yardımcı tutor propter rerum notitiam da artık aynı şekilde mes'ul olmakta yalnız tutor honorarius bu mes'uliyetin dışında kalmakta idi.

IV— VASİNİN MUKABİL DÂVASI :

Actio tutelae'nin bir de mukabil dâvası vardı. Borçlar hukukunda bütün mukabil dâvalar gibi bu da yapılan masrafın veya uğranılan zararın talebi için açılırdı. Actio tutelae contraria, vasi tarafından, vesayetin sonunda kendisine karşı bir actio tutelae'nin açılması halinde kaasıra karşı açılırdı. Vasinin uğradığı zarar, kendi malları imiş gibi idare ettiği mâmeleke ait olacağından bunun istenmesine fiilen imkân bulunmaz, fakat kaasırın neticede istifade ettiği hukukî muamelelerdeki masrafları talep edebilirdi.

Ş 27. ÜST VESÂYET OLARAK ÂMME VESÂYETİ

I — AMME VESAYETİ :

Vesâyet eski Roma Hukukunda tamamen hususî bir müessese iken sonraları bu karakterini kaybetmişti. Resmî organların vesâyete ilk müdahalesi belki gerektiği vakit tutela dativa şeklinde vesâyeti tanzim etmeleridir. Sonraları devlet vesayete müdahale etmiş ve onu kontrol etmek istemiştir. Roma Hukukunda bu gibi müdahalelerin hiçbir zaman sebepsiz olmadığını biliyoruz. Nitekim vesâyette vasinin mes'uliyeti ile ilgili hukukî mütalâaların ve hâdiselerin kaynaklarda karşımıza bol miktarda çıkması bu sahada ihtilâfların fazla olduğunu ve devlet makamlarının müdahaleye mecbur kaldıklarını bize gösteriyor.

II — CAUTIO :

Devletin üst derece vesayet makamı olarak ilk müdahalesi, işine başlayan vasiden bir teminat istemesi (*cautio*) şeklinde kendisini gösteriyor. Zamanla devlet makamları mühim temlikî muamelelerde rızalarını beyan etmek hakkını elde ediyorlar, Âmme makamları artık vasinin işi idaresini devamlı olarak kontrol etmekte ve gerekirse onu azledebilmekte idi.

Bu azil Roma Hukukunda iki dereceli idi. Ya vasî sadece azledilir (*excusatio necessaria*) veya infamia tevlit etmiş olan bir mahkûmiyet sebebiyle, vesâyet işlerini iyi yapmamış olması sonunda azledilirdi (*remotio suspecti tutoris*).

Bunun dışında üst vesâyet makamları, vesayetten affedilmelerini isteyen kimselerin taleplerini dinler ve onları kabul veya red ederdi.

III — İUSTİNİANUS HUKUKUNDA DURUM :

İustinianus Hukukunda üst vesâyet makamları geniş şekilde organize edilmiş, hususî devlet daireleri şeklini almıştı. Vasilerin selâhiyeti o nispette daraldığı için fiilen, idare bu resmî vesayet mercilerine intikal etmişti denilebilir.

§ 28. TUTELA MULIERUM

I — MAHİYETİ, TEKÂMÜLÜ :

Roma'da kadınlar üzerindeki vesayet tamamen ayrı bir tekâmül ve ayrı bir karakter arz ettiğinden bunu buraya kadar tetkik ettiğimiz *Tutela im-
puberum*'dan ayrı bir paragrafta göreceğiz.

Kadın daha Cumhuriyet devri içinde Roma'da gittikçe daha müstakil ve haklarına daha çok sahip bir şahıs olarak karşımıza çıkıyor. Manus evlenmesi sür'atle kaybolmakta, her Romalı kadının ayrı bir mâmeleki bulunmaktadır. Bu kadınlar artık bir Pater Familias'ın hâkimiyeti altında değildir. Büyük Roma aileleri dağılmakta idi. Eskiden tecrübesizlikleri sebebiyle kendilerine verilen vasilerin de hakikî bir mesnedi kalmamıştı. Mâmeleklerine sahip olan kadınlar kendi mâmeleklerini idare edecek tecrübeyi de elde etmişlerdi. Buna rağmen, kadının haklarını tahdit etmek için değil, fakat mâmelekin korunması için ihdas edilen tutela bu bakımdan mantikî mesnedini kaybetmişti. Bu haliyle müessese üzerinde yeni tekâmülün cereyan etmediğini, olduğu gibi kaldığını görüyoruz. Bu, bir bakımdan kadın üzerindeki vesayetin zararına olmuş, uzun zaman vasînin kendi menfaatlerini idare eden bir kanunî vasî olmasına ve kalmasına sebebiyet vermiş, diğer taraftan tekâmül etmiyen bu vesayetin nispeten erken zamanlarda tarihe karışmasını sağlamıştır. Klâsik Hukuk devri içinde kadınlar üzerindeki vesâyet fiilen sona ermişti.

II — TUTELA LEGİTİMA :

Kadınlar üzerindeki vesayetin ilk ve en eski şekli tutela legitima idi. En yakın agnat kadının vasîsi olurdu. Eğer kadın manus ile evli ise ve Pater Familias olan kocası ölmüşse en yakın agnat'ı oğlu olacağından o vasî olurdu. Kadın *manumissio* ile aileden ayrılmışsa Patronus durumunda olan vesayeti deruhte ederdi. Agnat'ın bulunmaması halinde Gens'e bakılır ve oradan mevcut en yakın şahıs vasî olurdu. Buraya kadar Pupillus üzerindeki vasiden bir fark görülmemektedir.

Milâttan sonra 44-49 senelerine ait olan Lex Claudia ile kadınlar üzerinde en yakın agnat'ın kanunî vesayeti sona ermiş oldu. Tutela legitima olarak yalnız patronus'un tutela'sını görüyoruz.

III — VASİYETNÂME İLE TAYİN EDİLEN VASİDEKİ HUSUSİYET:

Kadınlar üzerindeki vesayetin ilk mühim hususiyeti vasiyetname ile tâyin edilen vaside kendisini göstermektedir. Vasiyetnamesinde kadına bir vasî tâyin etmek isteyen kimse bunu tâyin etmek mecburiyetinde olmayıp bu tâyini bizzat kadının kendisine bırakabilirdi. Bu hakkın kadına bırakılabilmesi daha Cumhuriyet devrinde kendini göstermektedir. Kadına tanınan

bu seçim hakkı tek bir defaya da inhisar ettirilmeyebilir. Kadının herhangi bir sebeple işinden ayrılan vasisi yerine yenisini gene kendisinin seçebileceği kabul edilmişti. Kadına tanınan hakkın daha da geniş olması ve birden ziyade vasiyi ve muayyen işleri için muayyen vasileri seçme hakkının verilmiş olması da mümkün idi. Bu vesayetin artık ismi de başkadır: *Tutela optiva*. Kadın bizzat seçtiği vasileri gene serbestçe azledebilir ve yerine başkasını tâyin edebilirdi.

Ashnda Lex Atilia, Lex İulia ve Lex Titia'ya tâbi olan bu vesayet için de tutor dativus tâyini mümkündü. Fakat klâsik hukuk devrinde yalnız kadının talebi üzerine tâyin edilen vasiler görmekteyiz. Augustus devrinin bazı kanunlarla (*Lex Papia Poppea*) üç çocuklu (veya azat edilmiş bir kadın ise dört çocuklu) kadınların vesayetten kurtulacağı kabul edilmişti. Roma'da nüfusun artması gayesiyle çıkarılmış olan bu kanunlar, kadınların pek çoğunu zaten vesâyetten çıkarmış oluyordu. Diocletianus zamanında hâlâ kadınlar üzerindeki vesayetten bahseden kaynaklar görülüyor. Fakat sonra müteakip devirlerin hukuk vesikalarında artık izine rastlanmamaktadır.

IV — AUCTORİTAS MEFHUMU:

Tamamen ortadan kalktığı devirlerden evvel de kadınlar üzerindeki vesayetin ehemmiyeti çok azalmıştı. Vasî, kadın üzerinde şahsî ihtimam mükellefiyeti altında değildi. Mâmelekini idare bakımından da kaideten kadına *auctoritas* verirdi. Bu suretle kadın hukukî muamelelerini, vasînin mevcudiyetine rağmen bizzat yapardı. Bu durum vasî için de elverişli idi. Muameleleri bizzat yapmadığı için mes'ul olmazdı Kadına vasî tarafından, bu auctoritasın verilmek istendiği zamanlarda kadının Praetor'a müracaat etmeğe ve onun kararı ile bu auctoritas'ı istihsal etmeğe de hakkı vardı.

Kadın yalnız *res mancipi*'lerini tutor'un iştirâki ile temlik edebilir (veya bu cins malları o tarzda iktisap edebilir) bir de tutor'un huzuru ile *acceptilatio*, azatlama ve vasiyetname gibi muameleler yapabilirdi.

V — PRAETOR TARAFINDAN TAYİN EDİLEN VASİ :

Kadınlara tâyin edilen vasiler arasında hususî bir vasînin daha mevcut olduğunu görmekteyiz. Bu, praetor tarafından tâyin edilen ve *tutor praetorius* ismini taşıyan ve kadının kendi vasisi ile bir hukukî ihtilâfı olduğu hallerde kadının menfaatlerini koruyan vasidir. Kadın, kendi vasîsi ile tahaddüs eden ihtilâfta doğrudan doğruya hakkını arıyamazdı. Onun namına herhalde bir tutor'un harekete geçmesi mecburiyeti, praetor tarafından bu istisnâî tutor'un tâyini bize izah eder. Zamanla pretor tarafından istisnâî hallerde kadına tanınan tutor'lar arttı. Kadın kendisine dos verilmesi için, bir mirası kabul edebilmesi için vasî istiyebilir, asıl vasînin uzakta olduğu zamana münhasır olmak üzere geçici bir vâsinin tâyini için de müracaatta bulunabilirdi.

Kadınlar üzerindeki vesayet hukukî bir şekil olarak Klâsik Hukukun sonuna kadar devam etmiş olsa bile ondan bir asır evvel fiilen sona ermiş müesseselerdendi.

§ 29. CURA

I — MAHİYETİ :

Cura (Kayyımlık) tutela'dan çok sarih şekilde ayrılır. Tutela'da sui iuris olan fakat reşit olmıyan bir kimse himaye edildiği halde, Curada himaye edilen sui iuris şahıs reşittir. Cura'nın ilk hali reşit kimselerden akıl hastası olanlar için ihdas edilenidir. Muayyen yaş doldurup bülûğ yaşına gelmiş olanların reşit olduğunu ve esas itibariyle her hukukî muameleyi yapabileceklerini kabul eden Roma Hukuku bu prensibinden fedakârlık etmeden bu kimseleri himaye etmek mecburiyetini hissetmiştir.

Cura'nın en eski şekli tıpkı tutela'da olduğu gibi en yakın agnat'ın kanunî bir *Curator* (kayyım) olarak tâyinidir. Aynı hüküm sonraları müsrifler için de tatbik edilmiştir. (*Cura furiosi*)

Tutela'da olduğu gibi Cura'da kanunî kayyım'dan sonra vasiyetname ile tâyin edilen kayyımı görmüyoruz. Magistratus tarafından tâyin edilen curator'da bir noktaya dikkat edilir ve bir şahıs kendi fûruğunun Cura'sı altına alınmazdı. Yani akıl hastası olan kimseye tâyin edilen curator'un kendi çocuğu olmamasına dikkat edilirdi. Bunun hiçbir hukukî sebebi yoktu. Sırf hissi bir mucip sebebe dayanmakta ve bir kimsenin kendi fûruğunun cura'sı altında olmaması temayülüne uymaktadır.

II — CURA'NIN TATBİKİNDE ÖLÇÜ :

Tutela'da görülen işin mahiyeti hakkında öteden beri kat'î bir ölçü mevcut olduğu halde Cura ihtiyaca göre değişirdi. Akıl hastasında, hastanın durumuna göre ya yalnız mâmelekini idare veya hem şahsına ihtimam ve ilâveten mâmelekini idare olabılırdi. Cura = ihtimam göstermek terimi müesseseyi belirtiyor. Bu ihtimam *fides* ölçüsü ile hudutlanmış fakat diğer taraftan mutlak olan bir selâhiyetti. Müsrifte ise, şahsa ihtimama ihtiyaç olmadığından curator'un vazifesi yalnız mâmeleki idareden ibaret kalırdı (*Cura Prodigii*).

Daha çok tutela'daki hâkimiyet hakkına yaklaşan cura da zamanla bir mükellefiyet halini almış ve devlet tarafından ihdas edilen, tutela'dakine benzer, üst kayyımlık bu karakterini daha da kuvvetlendirmiştir. Curator'un akıl hastası üzerindeki ihtimam mükellefiyeti Klâsik Hukuk devrinde azalmış, bu mükellefiyet yakın aile fertlerine intikal etmiş, müsrifler üzerindeki vazifesi de çok sarih tesbit edilmiştir. Burada dolayısıyla temsil hükümleri tatbik edilmekle beraber, müsrifin mâmelekini idare ederken bunu müsrifin

namına yapmakta ve müsrifin yaptığı hukukî mumeleler curator'un verdiği icazet ile muteber hale getirilmektedir.

III — CURA MİNORUM :

Klâsik Hukuk devrinde asıl mühimi, 14 yaşını bitirmiş olan, fakat daha 25 yaşında olmıyan sui iuris üzerindeki cura'dır. Bu cura Cumhuriyet devrinde de mevcuttu, ve menşei milâttan evvel 200 senesinde olan *lex Plaetoria*'dır. Fakat herhalde Klâsik Hukuk içinde asıl tatbik sahasını bulmuştur.

14 ile 25 arasındaki şahıslar üzerindeki bu kayyımlığın adı «*Cura minorum*»'dur. Doğuşu itibariyle diğer cura'ya benzemez. Bunda hiçbir zaman kanunî ve vasiyetname ile tâyin edilen bir cura şekli yoktur Curator minoris daima Magistratus tarafından tâyin edilirdi. Zaten menşe itibariyle (*Lex Plaetoria minor XXV annorum* (25 yaşından küçük) bir kimsenin hiffetinden ve tecrübesizliğinden istifade edilerek aldatılmaması için tâyin edilirdi. Bu gibi kimselerin yaptıkları hukukî muamelelerin muteber olması için curatorun ister hukukî muameleden evvel, ister sonra rızasını veya icazetini bildirmesi lâzımdı.

Lex Plaetoria'ya dayanan Praetor, yirmibeş yaşından ufak olan reşitlerin himayesi tedbirlerini daha inkişaf ettirdi. Kayyımı olmadan bu muameleyi yapanlara bir defa tanıdığı gibi (*exceptio legis plaetoriae*), verilenin geri alınabilmesini teminen bir *restitutio in integrum* da kabul etti.

Cura minorum'un diğer bir hususiyeti de ancak talep üzerine curator'un tâyin edilmesidir. İlk zamanlarda bu talebin mucip sebep ile yapılması gerekirdi. Magistratus mucip sebebi hakkı görürse bir curator tâyin ederdi. Sonraları mücerret talebin yapılması kafî ad edildi.

Cura minorum'da curator'un klâsik hukuk devrinde mâmeleki de idare edip etmediği şüphelidir. Kendisi mâmeleki idare etmesi için değil yalnız rızasını beyan etmesi veya etmemesi için tâyin edilmişti. Eğer Minor olan şahıs kendisine mâmelekin idaresini tevdi etmişse bu husustaki selâhiyeti hiç şüphesiz tamdı. Fakat bu halin dışında bu selâhiyete bizatihi mâlik olduğu belli değildir.

Curator'a karşı yaptığı işler bakımından mes'uliyeti ile ilgili hususî bir dâva yoktur. Klâsik Roma Hukukunda *negotiorum gestio* hükümlerine göre talepte bulunulurdu.

IV — HUSUSİ CURA NEVİLERİ:

Klâsikten sonraki devrede Cura'nın daha birçok hallerini görüyoruz. Sağırlar, dilsizler, hastalar, cenin için curator tâyin edilmeğe başlanmıştır. Bütün bu curator'ların selâhiyeti her birinin tâyini hakkındaki muamelede tesbit ve tasrih edilirdi.

Fakat klâsikten sonraki hukukta cura minorum da curator'un zamanla mâmelekin bütün idaresini üzerine aldığını görüyoruz. Bu suretle vazifesi itibariyle tutor'a eş olmuştu. Biri 14 yaşına kadar, diğeri 14 yaşından sonra aynı işi görmekte idiler. Tutela ile cura arasındaki fark gittikçe kayboldu. İustinianus müdevvenatında *interpolatiolar* çok defa cura ve tutela'yı karıştırdı ve iki müessese hakkındaki hükümlerin içinden çıkmak hemen hemen imkânsızlaştı.

MÜRACAAT EDİLEBİLECEK OLAN KİTAPLAR VE YAZILAR:

Giriş olarak

ARSAL, SADRI MAKSUDİ, *Umumî Hukuk Tarihi*. Üçüncü tab'ı, İstanbul 1948.
S. 182 ve devamı, s. 223 ve devamı, s. 390 ve devamı.

OKANDAN, RECAİ G., *Umumî Hukuk Tarihi Dersleri*. İstanbul 1952, s. 324
ve devamı, s. 339 ve devamı, s. 418, s. 426 ve devamı, s. 476 ve devamı,
s. 481.

HONİC, RICHARD, *Roma Hukuku Kaynaklarının Tarihi*. Tercüme eden: Ş. Talip.
İstanbul Baro Mecmuası, 1938, XII, No. 1.

DOMİNİCIS, MARIO ANTONIO DE, *Postklasik devirde doğu ve batı. Bazı temayül
ve meseleler*. Tercüme eden: Z. Umur. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmu-
ası 1957 XXIII, No. 1-2 s. 93.

DİLER, ŞEMSETTİN TALİP, *Roma tetkikleri, Eski Roma'da hukuki hayat*. Ca-
pitolium mecmuası. İstanbul 1935.

SCHWARZ, ANDREAS, *Türkiye - İsviçre Medenî Hukuku ve Roma Hukuku*.
Tercüme eden: H. Veldet. Cemil Bilsel Armağanı. İstanbul 1939. s. 377-
436.

Umumiyetle Roma Aile Hukuku İçin

KOSCHAKER, PAUL, *Modern Hususî Hukuka giriş olarak Roma Hususî Hu-
kununun ana hatları*. Tercüme eden: K. Ayiter. Ankara, 1950. S. 265-302

Dİ MARZO, SALVATORE, *Roma Hukuku*. Tercüme eden: Z. Umur. İstanbul.
1954. S. 135-202.

HONİC, RICHARD, *Roma Hukuku*. Tercüme eden: Ş. Talip. İstanbul 1938.
S. 157-197.

OĞUZOĞLU, HÜSEYİN CAHİT, *Roma Hukuku*. Ankara 1959, s. 79-128.

BERKİ, ŞAKİR, *Roma Hukuku*. Ankara 1949, s. 141-175.

Almanca :

SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des Römischen
Privatrechts*. 17. Auflage. Berlin 1949. S. 499-550.

JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Recht*. Berlin 1935. S. 271-307.

İtalyanca :

Dİ MARZO, SALVATORE, *Manuale elementare di diritto romano*. Torino 1954.
S. 58-112.

ARANGIO-RUIZ, VICENZO, *Istituzioni di Diritto Romano*, Nona Edizione,
Napoli 1947. S. 426-507.

Fransızca :

- GIFFARD, A. E., *Precis de droit romain*. Paris 1934. Cilt I ve II.
GIRARD, P.F.-SENN, *Manuel elementarie du droit romain*. 8. bası, Paris 1929.
MONIER, R., *Manuel élémentaire du droit romain*. I-II, 4. tabı, Paris 1942.

İngilizce :

- SCHULZ, FRITZ. *Principles of Roman Law*, Oxford 1956 s. 83-108, s. 164-188
BUCKLAND, W.W., *A Text Book of Roman Law*. Cambridge 1950 s. 101-179

Kısım I Evlilik münasebeti için.

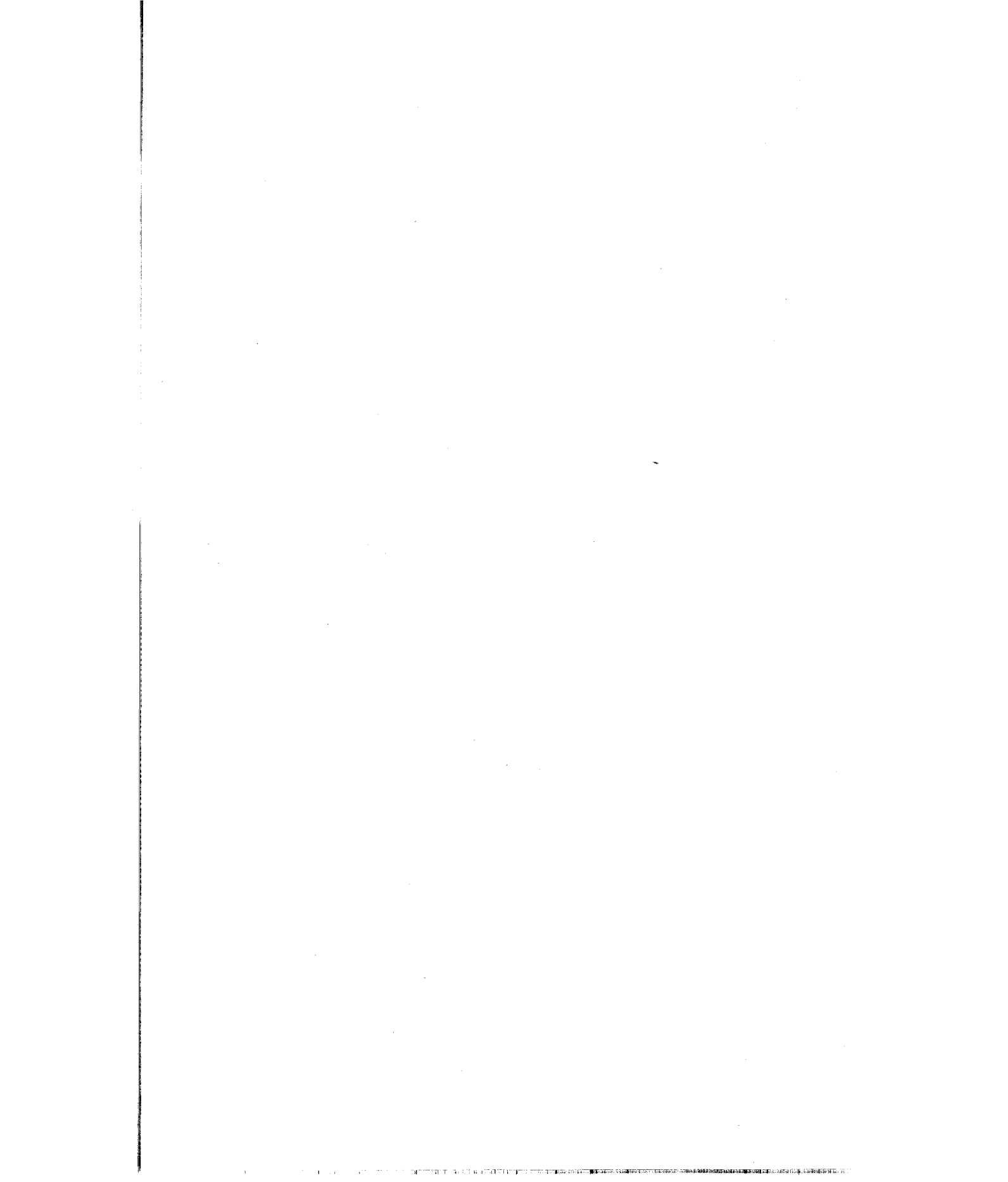
- PARİBENİ, ROBERTO, *Roma Hukukunda aile kurumu*. Tercüme eden: Ş. Talip. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1935 No. 1, 2, 3.
PARİBENİ, ROBERTO, *Roma Ailesi*. Tercüme eden: Ş. Talip. İstanbul 1936.
RADO, TÜRKÂN, *Eski Roma Hukukunda bazı evlenme şekilleri*. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1942, VIII, No. 3-4.
SELEK, HULUSİ, *Roma Hukukuna göre aile müessesesi*. İzmir Baro Dergisi, 1936, No. 6.
PUGLIESE, GIOVANNI, *Roma ailesine tarihi bir bakış*. Tercüme eden Z. Umur. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1956 XXII No. 1-4 s. 339.
LEVY-BRUHL, H. *Eski Roma aile hukukunda iki cereyan*. Tercüme eden: H.N. Kubah. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1940.
AYİTER, KUDRET, *Klâsik Roma Hukukunda Dos'un tesisi*. Ankara, 1958.

Kısım II Roma Ailesinde Hâkimiyet münasebeti için.

- SERDENGEÇTİ. E., *Roma'da Patria Potestas ile eski Türklerde Atakut arasında fark*. Capitolium, 1934, S. 96-109.
PARİBENİ, ROBERTO, *Eski Roma'nın dini ve ahlâkı*. Capitolium mecmuası, 1934, s. 91-95.
SCHWARZ, ANDREAS B., *Roma Hukuku Dersleri*. 1. Cilt. Beşinci bası, Tercüme eden: T. Rado. İstanbul, 1958, s. 244-258.
SEVİĞ, VASFİ RAŞİT, *Roma Hususî Hukukunun İstitution'ları*. Cilt 1. Ankara 1938, s. 61-64.
İustinianus, Institutiones, Tercüme eden: Z. Umur. İstanbul 1955. s. 9-17.

Kısım II Vesayet ve Kayımlık için.

- SCHWARZ, ANDREAS B., *Roma Hukuku Dersleri*, Tercüme eden: T. Rado. Beşinci Bası. İstanbul, 1958 s. 266-273.
İustinianus, Institutiones. Tercüme eden: Z. Umur. İstanbul 1955, s. 17-30.



KİTAPTA GEÇEN LÂTİNCE TERİMLER

(Sayılar sayfaları göstermektedir)

- Abdicare 75
Acceptilatio 84
Accusatio suspecti tutoris 72, 80
Actio 80
Actio de peculio 58
Actio empti 36
Actio ex stipulatu 34
Actio mandati 81
Actio negotiorum gestorum 81
Actio rationibus distrahendis 72, 80
Actio praescriptis verbis 38
Actio rei uxoriae 30, 32, **34**, 35
Actio tutelae 80, 81
Actio tutelae contraria 82
Actio utilis 77
Actus legitimi 28
Addictio 27
Adoptio 8, 42, 46, **48**, 49, 61, 63.
Adoptio plena 50
Adoptio minus plena 50
Affectio maritalis **7**,8,9,13
Aestimatio 72
Aestimatio dotis **36**,37,38
Aestimatio dotis taxationis causa 36
Aestimatio dotis venditionis causa 36
Agnat **2**,67,71, 74, 78
Agnatio 1
Alieni juris 15, 16, 24, 40, 66
Amica 12
Animus 55
Arrha 6
Arrha sponsalicia 5, 6, 23
Arrogatio **46**, 47, 48, 49
Auctoritas 68, 71, 77, **84**
Beneficium competantiae 39
Brevi manu traditio 27
Bona materna: 60
Bona recepticia 40
Capitis deminutio 48, 70
Capitis deminutio maxima 62
Capitis deminutio minima 70, 72
Causa 23, 26, 27
Causa dotis **23**, 26
Cautio 26, 30, 80, **82**
Cautio rei uxoriae 30
Cautiones 38
Censor 53
Cives 12, 55, 56
Clarissimus 7
Cliens 20
Codex 8
Codex Theodisianus 13
Coemptio 8, 14, **16**, 17,
Cognatio 54
Cognitio extra ordinem: 53
Comitia 47
Communi iure 1
Collatio 41
Concubinatus 3, 8, **12**, 13, 43, 45, 54
Confarreatio 17
Confirmatio 75
Condictio 28
Connubium 8, **9**, 12,
Consensus **7**, 8, 9, 10, 13
Consularis 7
Consortium omnis vitae 7
Consortium rerum secundarum adversarumque **7**
Constitutio 10
Constitutio Antoniniana 12, 64
Contra bonus mores 39
Contubernium 11
Conventio in manum 8
Corpus 55
Corpus Iuris Civilis: 7, 11, 18, 20, 22, 23, 31, **37**
Crimen suspecti tutoris 73
Culpa 28, 30, 35, 39

Culpa in concreto 40
 Cultus 7
 Cum manu 8
 Cura 68, 70, 85, 87
 Cura furiosi 70, 85
 Cura minorum 69, 86
 Cura morum 53
 Cura prodigi 70, 85
 Curator 69, 70, 85, 87
 Curia 47
 Custodia 27

 Dare in mancipium 52
 Deductio in domum 9
 Depositum 12
 Dies 26
 Diffarreatio 17
 Digesta 14
 Dignitas 7
 Diligentia 79
 Diligentia quam suis rebus 79
 Divini 7
 Divini et humani iuris communicatio 7
 Dolus 39, 79
 Domicilium 54, 55, 56, 58, 63
 Domus 54
 Donatio ante nuptias 40, 51
 Donatio propter nuptias 41
 Dos 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 35, 36, 38, 40, 41
 Dos adventicia 19, 20, 33, 34, 35
 Dos profecticia 19, 20, 32, 33, 35, 38
 Dos recepticia 20
 Dos tacita 29,
 Dotis causa 22, 25, 27, 29, 37
 Dotis datio 22, 26, 27, 28, 29
 Dotis datio ante nuptias 27
 Dotis dictio 19, 22, 23, 25, 26, 28, 29
 Dotis promissio 19, 26, 28
 Duplex interpretatio 7

 Emancipata 20, 24, 29, 33, 38
 Emancipatio 33, 49, 53, 62, 63, 64
 Emancipatus 20
 Evictio 37
 Exceptio doli 28
 Exceptio legis plaetoria 86
 Excusatio necessaria 82

 Familia 1, 2, 44, 47
 Fides 73, 85
 Filia familia 10, 11, 62

 Filius familias 10, 16, 22, 43, 44, 45, 46, 52,
 56, 58, 62, 64, 71
 Fraus 73
 Fructus 27
 Fundus 21, 37
 Fundus italicus 34

 Genius 46
 Gens 1, 48, 55, 64, 70, 74

 Honor matrimonii 7,9,12
 Humani 7

 Immobilia 78
 Impuberes 69
 In iure cessio 19, 26, 27, 28, 29, 49, 67, 70, 71
 Incola 55, 56, 57
 Inculatus 55
 Infamia 79, 80, 81
 Infantia 71
 Infantia maior 77
 Inquisitio 75
 Instrumentum 18
 Interdictum 14, 51
 Interdictum de liberis exhibendis item ducentis 51
 Interpolatio 87
 Ipso iure 45
 Iudicium domesticum 53
 Ius 24
 Ius causa mancipii 43
 Ius civile 3, 7, 12, 16, 43, 46, 49, 68, 69
 Ius gentium 6, 46
 Ius postliminii 62
 Ius potestatis 20
 Ius vendendi 51
 Iusta causa 27
 Iustum matrimonium 43, 45

 Lar 58
 Lar familiaris 46
 Legatum 16, 22, 23
 Legatum dotis constituendae causa 22,23
 Legitimatio 43, 46
 Lex Aquilia 79
 Lex Atilia 72, 75, 79, 84
 Lex Claudia 83
 Lex Iulia 3, 10, 11, 13, 17, 34, 35, 76, 84
 Lex Iulia de adulteris 12
 Lex Iulia de fundo dotali 30, 34
 Lex Iulia de maritandis ordinibus 10, 12, 23
 Lex Papia Poppea: 21, 84
 Lex Plaetoria: 69, 86

Lex Titia 76, 84
 Liberi 42, 43
 Libertina 12
 Libertinus 12
 Litis contestatio 37
 Loco filiae 9
 Loco neptis 9

 Magistratus addictio: 49.
 Mancipatio 19, 22, 26, 27, 28, 29, 48, 49, 71
 Manumissio: 30, 83.
 Manus: 1, 2, 6, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 29
 30, 33, 38, 43, 50, 51
 Mater familias 43
 Matrimonium ius gentius: 3
 Matrimonium iustum: 8, 12
 Mens coentium 8
 Milites veterani 12
 Mores 25
 Mulier: 12
 Munera 56

 Negotiorum gestio 86
 Nomen gentilium 1
 Noxal 45, 52
 Nummo uno 27

 Onera matrimonii: 16, 22, 29, 30, 40
 Origo 54, 55, 56, 57, 58

 Pactum 38, 39
 Pactum fiduciae 38
 Pactum praetorium: 30
 Panis farreus 17
 Paraferna 16, 39, 40
 Parens 10
 Pater familias 1, 2, 5, 10, 11, 14, 15, 16, 17,
 19, 20, 22, 23, 24, 29, 30, 38, 42, 43, 44,
 46, 47, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 60, 61,
 62, 63, 66, 67, 69, 71, 72.
 Patria potestas 11, 15, 20, 22, 30, 33, 42, 43,
 44, 45, 46, 50, 51, 53, 54, 56, 58, 61, 62,
 64, 67, 69, 70
 Patrici 17
 Patronus 20, 63, 71, 83
 Peculium 16, 40, 44, 45, 56, 57, 58, 59, 60, 63
 Peculium castrense 59, 60
 Peculium quasi castrense 60
 Per aes et libram 17
 Peregrina 12
 Periculum 37
 Persona in mancipio 51

 Pietas 18
 Pollicitatio dotis 22
 Pollicitat dotis 25
 Pontifex maximus 47
 Potestas 10
 Praecipuum 22
 Praelegatum 23
 Praetor tutelaris 76
 Pro dote 27
 Promissio dotis 22, 25, 26, 29
 Promissor 26
 Proprio iure 1
 Propter mores graves 35
 Pubes minor 69
 Pupillus 74, 79, 83

 Quasi dos 13
 Quasi patronus 63

 Rei vindicatio 28, 49, 50, 52, 66
 Remancipatio 63
 Remotio suspecti tutoris 82
 Res mancipi 27, 84
 Res nec mancipi 27
 Res recepticia 35
 Res uxoria 15, 34
 Rescriptum 46, 47, 48, 65
 Restitutio 28
 Restitutio in integrum 86
 Retentio 34, 35
 Retentio propter impensas 35
 Retentio propter liberos: 35, 38
 Retentio propter mores: 35
 Retentio propter res amotas 35
 Retentio propter res donatas 35
 Ripidium 6
 Servi loco 51
 Servus 42
 Sestertium 21
 Sine manu 8
 Societas vitae 7
 Sponsalia 5
 Sponsalicia largitas 41
 Stipulatio 19, 22, 24, 25, 26, 34, 37, 39
 Stipulator 26
 Stuprum 12
 Successor 22
 Sui 44
 Sui heredes 33
 Sui iuris 14, 15, 16, 24, 25, 33, 39, 40, 66, 85
 Supemellex 18

Toga virilis 69

Traditio 19, 26, 27, 28, 29

Trans Tiberium 52

Trinoctium usurpandi gratia 8

Tutela 66, 67, 68, 70, 71, 87

Tutela dativa 71, 72, 73, 74, 75, 78, 82

Tutela fiduciaria 71

Tutela impuberum 69, 74, 76

Tutela legitima 70, 71, 72, 73, 74, 83

Tutela mulierum 69, 83

Tutela optiva 84

Tutela testamentaria 71, 72, 73, 74, 75, 78, 80.

Tutor 66, 67, 68, 69, 71

Tutor honoris causa datus 79

Tutor honorarius 79

Tutor legitimus 67

Tutor praetorius 84

Tutor propter rerum notitiam 81

Tutor propter rerum notitiam datus 79

Usucapio 27

Usus 8, 14, 17

Usus fructus 21, 27

Uxor 12

Uxor in manum 9

Venditionis causa 37

Veteranus 12

Vindicatio patriae potestatis: 50

Vitae ac necis 52

Vitae necisque 43

Volumen nuptiale 19