

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KLASİK DÖNEM ROMA HUKUKUNDA
PAYLI MÜLKİYET

Doktora Tezi

Setenay BAYTEMİR TARHAN

Ankara 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KLASİK DÖNEM ROMA HUKUKUNDA

PAYLI MÜLKİYET

Doktora Tezi

Setenay BAYTEMİR TARHAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL

Ankara 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KLASİK DÖNEM ROMA HUKUKUNDA

PAYLI MÜLKİYET

Doktora Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

1- Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL

2- Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE

3- Doç. Dr. Yıldız ABİK

4- Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI

5- Dr. Öğr. Üyesi Ümit Vefa ÖZBAY

Tez Savunma Tarihi

05.12.2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL danışmanlığında hazırladığım **“Klasik Dönem Roma Hukukunda Paylı Mülkiyet (Ankara 2023)”** adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 26.06.2025

Setenay BAYTEMİR TARHAN

TEŞEKKÜR

2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında çalışmalarımı destekleyen TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.

Setenay BAYTEMİR TARHAN



İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	I
İÇİNDEKİLER	II
KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN TAKDİMİ	1
II. KONUNUN ÖNEMİ.....	1
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

PAYLI MÜLKİYET (COMMUNIO) KAVRAMI VE PAYLI MÜLKİYETİN ROMA HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK.....	5
II. COMMUNIO	16
A. Communio Kavramı.....	16
B. Pay Kavramı	19
1. Soyut Pay Kavramı	19
2. Digesta'daki Metinlerin Değerlendirilmesi	21
3. Paydaşların Paya İlişkin Hukuki İşlemleri.....	27
4. Paylı Mülkiyetin Hukuki Niteliği Hakkında Teoriler	29
a. Paylı Mülkiyette Eşyanın Bölündüğünü İleri Süren Görüşler.....	31
b. Paylı Mülkiyette Eşya Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Bölündüğünü İleri Süren Görüşler.....	32

c. Hakkın veya Eşyanın Bölünmediğini İleri Süren Görüşler	34
d. Paylı Mülkiyette Değerin Bölündüğünü İleri Süren Görüşler.....	35
e. Paylı Mülkiyette Mülkiyet Hakkından Kaynaklanan Yetki ve Ödevlerin Bölündüğünü İleri Süren Görüşler	35
f. Türk Medeni Kanunu’nun Kabul Ettiği Görüş.....	36
III. <i>CONSORTIUM ERCTO NON CITO</i>	36
A. Kavram	36
B. Gaius’un <i>Institutiones</i> ’indeki 3.154a ve 3.154b Metinleri	39
C. Sosyal ve Ekonomik Alanda <i>Consortium Ercto Non Cito</i>	47
D. <i>Consortium Ercto Non Cito</i> ’da Yönetim İşleri ve Tasarruf	55
E. <i>Consortium Ercto Non Cito</i> ’dan <i>Communio</i> ’ya	63

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA PAYLI MÜLKİYETİN ORTAYA ÇIKTIĞI HÂLLER

I. GENEL OLARAK.....	68
II. <i>SOCIETAS</i> VE <i>SOCIETAS OMNIUM BONORUM</i>	69
A. <i>Societas</i> Kavramı.....	69
B. <i>Societas</i> ’ın Unsurları	71
1. Ortak Olma Niyeti.....	71
2. Meşru Amaç	72
3. Katılım Payı	73
C. <i>Societas</i> ’ta Paylı Mülkiyet.....	74
D. <i>Societas Omnium Bonorum</i>	77
E. <i>Societas</i> ’ın Diğer Türleri	81
III. <i>ACCESSIO</i>	81
A. Kavram	81

B. Türleri	83
1. Taşınır Mallar.....	83
2. Taşınmaz Mal ile Taşınır Mal.....	83
3. Taşınmaz Mallar	84
a. <i>Alveus Derelictus</i>	85
b. <i>Insula in Flumine Nata</i>	86
IV. <i>CONFUSIO</i> VE <i>COMMIXTIO</i>	89
V. <i>THESAURUS</i>	102
A. Kavram	102
B. Roma'nın Farklı Siyasi Dönemlerinde <i>Thesaurus</i> Uygulaması	104
1. Cumhuriyet Dönemi.....	104
2. <i>Principatus</i> Dönemi	104
3. <i>Dominatus</i> Dönemi	105
VI. DİĞER HÂLLER	107
A. <i>Servus Communis</i>	107
B. <i>Legatum</i>	109
C. <i>Hereditas</i>	112
VII. IUSTINIANUS DÖNEMİ'NDE <i>COMMUNIO INCIDENS</i> SINIFLANDIRMASI.....	112
A. Iustinianus Dönemi'nde Borcun Kaynakları ve <i>Quasi Contractus</i> Kavramı	112
B. <i>Communio Incidens</i>	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLAR ARASI İLİŞKİLER, PAYDAŞLARIN YETKİLERİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. <i>RES COMMUNIS</i> 'İN YÖNETİMİ BAKIMINDAN <i>IUS PROHIBENDI</i> KAVRAMI.....	115
A. Genel Olarak Yönetim İşleri Kavramı.....	115

B. <i>Ius Prohibendi</i> Kavramı	117
C. <i>Digesta</i> 'daki Metinlerin Değerlendirilmesi.....	119
1. Papinianus'un Görüşü	119
2. Paulus'un Görüşü	124
3. Marcellus'un Görüşü	126
4. Değerlendirme.....	129
D. <i>Ius Prohibendi</i> ve <i>Intercessio</i> İlişkisi	132
II. <i>IUS ADCRESCENDI</i> KAVRAMI.....	142
A. <i>Derelictio</i>	144
B. <i>Manumissio</i>	146
1. Kavram.....	146
2. Roma Hukukunun Farklı Dönemlerinde <i>Manumissio</i> Uygulaması.....	147
a. Arkaik Dönem	147
b. Klasik Hukuk Dönemi	149
c. Iustinianus Dönemi.....	151
d. Değerlendirme	159
III. <i>RES COMMUNIS</i> 'İ KULLANMA VE <i>RES COMMUNIS</i> 'TEN YARARLANMA.....	160
IV. SINIRLI AYNÎ HAKLAR BAKIMINDAN PAYDAŞLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER.....	165
A. <i>Servitudes</i>	165
B. <i>Hypoteca</i>	170
C. <i>Ususfructus</i>	171
V. PAYDAŞLARIN GİDERLERE KATILMASI	174
VI. SORUMLULUK VE ZARARIN TAZMİNİ.....	175
VII. <i>RES COMMUNIS</i> 'E İLİŞKİN ÖZEL HÂLLER.....	179
A. <i>Res Communis</i> 'e Cenaze Defnetme.....	179

B. <i>Paries Communis</i>	185
1. Genel Olarak	185
2. <i>Cautio Damni Infecti</i> ve Komşuluk Hukuku	188
a. Kavram	188
b. <i>Digesta</i> Metinleri ve Hukuk Okullarının Farklı Görüşleri	189
3. <i>Paries Communis</i> 'e İlişkin Diğer Hâller.....	192

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO

I. GENEL OLARAK.....	198
II. <i>ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</i> VE <i>ACTIO FAMILIAE ERCISCUNDAE</i> İlişkisi	202
III. <i>ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</i> 'NUN TARAFLARI VE <i>IUDICIUM DUPLEX</i> NİTELİĞİ	205
IV. <i>ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</i> 'DA YARGILAMA USÛLÜ	207
A. Usûle İlişkin Araçlar: <i>Adiudicatio</i> ve <i>Condemnatio</i>	207
B. <i>Praestationes Personales</i>	210
C. İnşâî Hüküm ve Eda Hükümü	214
V. <i>ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</i> VE <i>ACTIO PRO SOCIO</i> : DAVALARIN YARIŞMASI	215
VI. <i>IUSTINIANUS</i> DÖNEMİ'NDEKİ UYGULAMA	219
SONUÇ	221
KAYNAKÇA	231
ÖZET	242
ABSTRACT	243

KISALTMALAR

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Bkz.: Bakınız

B.I.D.R.: Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano

C.: Cilt

Cod.: *Codex*

Çev.: Çeviren

D.: *Digesta*

Diocl.: Diocletianus

Epit. Ulp.: *Epitome Ulpiani*

Frg. Dosith.: *Fragmentum Dositheanum*

Gai.: Gaius

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Inst.: *Institutiones*

Iust.: Iustinianus

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

M.: Madde

Met.: *Metamorphoses*

M.Ö.: Milattan önce

M.S.: Milattan sonra

Ovid.: Publius Ovidius Naso

Paul.: Paulus

Pr.: *Principium*

RIDA: Revue Internationale des Droits de l'Antiquité

S.: Sayfa

Sa.: Sayı

SDÜHFD: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Sent.: *Sententiae*

S.E.T.: Son erişim tarihi

TBB: Türkiye Barolar Birliği

Tit. Ulp.: *Tituli ex Corpore Ulpiani*

TMK: Türk Medeni Kanunu

TSDP: Teoria e Storia del Diritto Privato

Ulp.: Ulpianus

Vd.: Ve devamı

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi

Klasik Dönem Roma Hukukunda Paylı Mülkiyet isimli çalışmamızın birinci bölümünde paylı mülkiyet kavramı ve paylı mülkiyetin Roma hukukundaki gelişimi incelenmiştir. İkinci bölümde, Roma hukukunda paylı mülkiyetin ortaya çıktığı hâller ele alınmıştır. Üçüncü bölümde paylı mülkiyette paydaşlar arası ilişkiler, paydaşların yetkileri ve yükümlülükleri açıklanmıştır. Son olarak, çalışmamızın dördüncü bölümünde, Roma hukukunda *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası) inceleme konusu yapılmıştır.

II. Konunun Önemi

Günümüzde pek çok hukuki uyuşmazlığa ve teorik tartışmaya konu olan paylı mülkiyet kavramının temeli Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunda paylı mülkiyetin farklı hukuki olaylardan meydana geldiği kabul edilmektedir. Konu hakkındaki Roma hukukunun birincil kaynaklarından anlaşıldığı kadarıyla, günümüzde olduğu gibi Roma’da, paylı mülkiyete ilişkin hukuki anlaşmazlıklar bir hayli fazladır.

Roma hukuku ile çağdaş hukukumuz arasında paylı mülkiyet açısından bazı noktalarda benzerlik olmakla birlikte, birtakım farklılıklar önem arz etmektedir. Gerçekten Romalı hukukçular, paylı mülkiyeti çözülmesi gereken bir çeşit problem kabul etmişlerdir. Bunun sonucu olarak, günümüzden farklı şekilde Roma hukukunda paylı mülkiyetin geçici ve sona erdirilmesi gereken bir kurum olduğu kabul edilmiştir.

“*Communio est mater rixarum*”¹ ve “*Amor et dominium non patiuntur socium*”²

gibi Roma hukuku kaynaklarına dayanan ve günümüze ulaşan özdeyişlerden anlaşıldığı kadarıyla Roma hukukunda birlikte mülkiyete ilişkin olumsuz bir bakış açısı mevcuttur. Roma hukuku bakımından söz konusu yaklaşımın temel sebebinin elbirliği mülkiyeti kavramının Roma hukukunda mevcut olmaması ve miras ortaklığında ortaklara ait mallar üzerinde paylı mülkiyetin kabul edilmesi ile izahı mümkündür. Birlikte mülkiyetin tek biçimi olarak Roma hukukunda paylı mülkiyetin kabul edilmesi, Roma hukukunu başlı başına çağdaş hukukumuzdan ayıran önemli bir göstergedir. Nitekim Romalılar için miras ortaklığı gibi ortaklıklar, bitmek bilmeyen anlaşmazlıklara gebe olmaktadır. Bu nedenledir ki bahse konu ortaklıkların kolaylıkla sona erdirilmeleri gerekmektedir. Bu husus, paylı mülkiyette hak sahibi paydaşlara bazı haklar tanınmasını ve birliğin rahatlıkla sona erdirilebilmesi için çeşitli hukuki mekanizmaları beraberinde getirmektedir.

Benzer şekilde Romalıların paylı mülkiyet hakkındaki olumsuz düşüncelerinin ve değer yargılarının, mülkiyet anlayışlarındaki bireycilik fikriyle izah edilebilmesi mümkündür. Nitekim çalışmamızın konusunu buna ilişkin tartışmalar da oluşturmaktadır. Gerçekten, paylı mülkiyetin olağan yapısından kaynaklanan birey (paydaş) ile birlik (paylı mülkiyet birliği) arasındaki menfaat dengesinin nasıl sağlandığı; olası çatışmalar ile gerilimin Roma hukukunda hangi yollarla çözüme kavuşturulduğu merak uyandırıcıdır.

Doktrinde Roma hukukunun paylı mülkiyet yapısı, sarkaç analogisi üzerinden izah edilmeye çalışılmıştır. Buna göre Roma hukuku paylı mülkiyet yapısında bir sarkaç, iki

¹ *Communio* (birlik, paylı mülkiyet birliği) anlaşmazlıkların anasıdır (kaynağıdır).

² Aşk ve mülkiyet ortağa tahammül etmez.

kutbu temsil eden paydaş ile *communio* (paylı mülkiyet birliği) arasında salınım hâlinedir. Bu bakımdan Roma hukukunun farklı kavramları arasında paylı mülkiyet, bazı yazarlara göre en bireyci olanıdır. Nitekim Roma hukuku paylı mülkiyetinde paydaşa tanınan haklar bakımından bireyin bağımsızlığının azami seviyede olduğu bir hukuki rejim öngörülmüştür.

Öte yandan Roma hukukunda paylı mülkiyet kurumu, sağladığı birtakım araçlar sayesinde dengede ve ayakta kalabilmektedir. Söz konusu araçlar Roma hukukuna özgü kavramlar olan *ius prohibendi* (engelleme hakkı) ile *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası)'dur. *Ius prohibendi* ile yönetim işlerinde bir paydaşın diğerinin işlemlerine engel olabilmesi (veya bir paydaşın diğerini veto edebilmesi) ile *actio communi dividundo*'da *iudex* (hâkim)'e *communio*'dan kaynaklanan hukuki sorunları adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözüme kavuşturması için geniş takdir yetkisi verilmesi, Roma hukukunda paylı mülkiyet kurumunun sacayağını oluşturmaktadır.

Bir hukuki kavramın eksiksiz anlaşılabilmesi, ancak doğuşunun, gelişiminin ve genel olarak günümüz hukuk düzenine ne şekilde ulaştığının irdelenmesiyle mümkün olabilir. Bu kapsamda çalışmamız, Roma hukukunda paylı mülkiyet kavramının teorik temellerinin ortaya konulmasını, Roma hukukunun Klasik Hukuk Dönemi'nde paylı mülkiyete ilişkin kurallarının irdelenmesini, neticede çağdaş hukukumuzun konuya bakış açısına benzeyen ve ondan farklılaşan yönlerinin tespit edilmesini hedeflemektedir. Bu doğrultuda çalışmamız, günümüz hukukuna tarihten bir pencere açabilmeyi ve çağdaş hukuktaki teorik tartışmalara bilimsel bir katkı sunabilmeyi amaçlamaktadır.

III. Konunun Sınırlandırılması

Roma hukuku, Roma devletinin ekonomik, sosyal ve kültürel yapılarıyla karşılıklı etkileşim hâlinde sürekli olarak dönüşüme uğramıştır. Bu dönüşümün belirgin yansımasını mülkiyet rejiminde gözlemleyebilmek mümkündür. Mülkiyet, yalnızca bir

hak olarak değil, aynı zamanda devletin siyasi gücünü somutlaştıran bir araç olarak da işlev görmüştür. Roma hukuku mülkiyetin tanımlanması, korunması, sınırlandırılması ve devredilmesi üzerinde belirleyici olmuş ve Roma hukukunun farklı dönemlerinde mülkiyet kavramı, ekonomik ve toplumsal yapıdan etkilenen ve onu şekillendiren bir unsur olarak yeniden yorumlanmıştır. Bu karşılıklı ilişki, Roma hukukunda mülkiyet kavramının ekonomik ve toplumsal yapıyı şekillendiren, ondan etkilenen, dinamik bir sistem olarak ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Özellikle M.. III. yüzyılın sonlarında ticaretin gelişmesiyle toplum içinde belirli bir zümrenin zenginliği artmış ve Roma, küçük bir *civitas*'tan Akdeniz'e hâkim bir devlet hâline gelmiştir. Toplumun ekonomik yapısındaki değişim, sınıflar arasındaki ilişkileri ve vatandaşların statülerini etkilediği gibi hukuk kurallarının da dönüşümünü zorunlu kılmıştır. Dolayısıyla Roma hukukunda mülkiyet kurumu ele alınırken, hukuki düzenlemelerin ötesinde, kurumun sosyal ve ekonomik bir olgu olarak nasıl şekillendiğinin ve kavramın hangi tarihsel bağlamda incelendiğinin belirtilmesi kaçınılmazdır. Nitekim Roma hukukunun Arkaik Dönem'inin *quirites* mülkiyeti ile Orta ağ Roma'sındaki mülkiyet anlayışı birbirinden oldukça farklıdır.

Bu bağlamda, bireyselleşmenin hukuk alanında belirginleştiği ve bireyci mülkiyet anlayışının hukuk sistemi içinde kurumsallaştığı Klasik Hukuk Dönemi çalışmamızın eksenini oluşturmaktadır. Mülkiyet ilişkilerinin değişime uğradığı Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ise çalışmamızın kapsamının dışında tutulmaktadır. Bununla birlikte, bazı değişimlere işaret edebilmek adına Iustinianus Dönemi'ndeki kurallar, yeri geldiğinde ayrıca ele alınmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

PAYLI MÜLKİYET (*COMMUNIO*) KAVRAMI VE PAYLI MÜLKİYETİN ROMA HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

I. Genel Olarak

Mülkiyet, hak sahibinin bir veya birden fazla kişi olmasına göre tek kişi mülkiyeti (bireysel mülkiyet, ferdî mülkiyet) ve birlikte mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tek kişi mülkiyetinde hakkın sağladığı yetkiler tek kişiye aitken; birlikte mülkiyette, aynı hukuki statüde birden fazla kişi, aynı eşya üzerinde, aynı anda birlikte mülkiyet hakkına sahiptir³.

³ **Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.:** Eşya Hukuku, İstanbul 2023, s. 344; **Eren, F.:** Mülkiyet Hukuku, Ankara 2023, s. 84-85; **Sirmen, A. L.:** Eşya Hukuku, Ankara 2023, s. 382; **Kılıçoğlu, A.:** Eşya Hukuku, Ankara 2021, s. 239; **Esener, T./Güven, K.:** Eşya Hukuku, Ankara 2024, s. 242; **Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş, D.:** Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 387-388; **Serozan, R.:** Eşya Hukuku I, İstanbul 2014, s. 232; **Ayan, M.:** Eşya Hukuku II Mülkiyet, Ankara 2016, s. 56; **Kurşat, Z.:** Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008, s. 5-6; **Öztaş, İ.:**



Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul 2011, s. 3; **Özçelik, Ş. B.:** Paylı Mülkiyette Yönetim ve Yararlanma Düzeni (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2005, s. 8-9; **Özgür, Y.:** Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi (İzale-i Şuyu), İstanbul 1995, s. 5; **Arpacı A.:** Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s. 1; **Özmen, E. S.:** Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992, s. 7; **Sezgin, S.:** “Müşterek Mülkiyette Genel Kaideler İdari Tasarruflarla Temsilden Doğan İhtilaflar”, Adalet Dergisi (1947), Sa. 12, s. 1069-1079.

Birlikte mülkiyet⁴ kendi içinde paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti olmak üzere ikiye⁵ ayrılmaktadır⁶.

⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun sınıflandırmasına bağlı kalarak çalışmamızda “birlikte mülkiyet” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde kurum, “birden ziyade kimselerin bir şey üzerinde mülkiyeti” olarak ifade edilmekteydi ve doktrinde söz konusu kavramı ifade etmek üzere terim birliği sağlanamamıştı. Nitekim kaynaklarda kurumu ifade etmek üzere kolektif mülkiyet, topluluk mülkiyeti ve toplu mülkiyet gibi farklı kavramlar kullanılmaktaydı. Farklı terimlerin kullanıldığı eserler için bkz. **Karadeniz Çelebican, Ö.:** Roma Eşya Hukuku, Ankara 2015, s. 140; **Öktem İ.:** Kolektif Mülkiyetten İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul 1946; **Erdoğan, C.:** Topluluk Mülkiyeti ile Ortaklığın Giderilmesi Dava ve İlkeleri, Ankara 1969; **Küley, M. M.:** Toplu Mülkiyet, Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet, İzalei Şüyu (MK. m. 623-631), İstanbul 1959; **Ayiter, N.:** Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Ankara 1977, s. 88; **Akipek, J. G.:** Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet, Ankara 1973, s. 20; **Aybay, A.:** Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966, s. 1; **Akipek/Akıntürk/Ateş,** s. 388, **Ayan,** s. 56; **Özgür,** s. 5; **Arpacı,** s. 1; **Sezgin,** s. 1069; **Özmen,** s. 7; **Esener/Güven,** s. 242.

⁵ Bahis konusu iki tür mülkiyet dışında 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nda mülkiyetin özel bir türü olarak kat mülkiyeti ayrıca düzenlenmiştir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir,** s. 345; **Kurşat,** s. 7; **Serozan,** s. 233; **Akipek,** s. 20; **Ayan,** s. 56.

⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde paylı mülkiyet kavramı için “müşterek mülkiyet”; elbirliği mülkiyeti kavramı için “iştirak hâlinde mülkiyet” terimleri kullanılmaktadır. Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde, birlikte mülkiyetin türleri bakımından doktrinde farklı kavramların kullanıldığı anlaşılmaktadır. **Erdoğan, B.:** Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2022, s. 46; **Koschaker, P./ Ayiter, K.:** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 120; **Arpacı,** s. 1.

Eşya hukukuna hâkim olan tip sınırlaması prensibi nedeniyle bahsi geçen mülkiyet türleri dışında birlikte mülkiyet oluşturulması veya mevcut türlerin yapılarının değiştirilmesi mümkün değildir⁷.

Her ne kadar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda birlikte mülkiyetin iki türü öngörülmüş olsa da birlikte mülkiyetin olağan şeklinin paylı mülkiyet olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bu durum, elbirliği mülkiyetinin ancak Kanun'da belirtilen hâllerde mevcut olmasından ve paylı mülkiyetin uygulamada daha yaygın olmasından kaynaklanmaktadır. Böylelikle mülkiyetin türü hususunda şüpheye düşüldüğünde bahis konusu mülkiyet türünün paylı mülkiyet olduğu kabul edilmektedir⁸.

Paylı mülkiyette eşya hukukundaki belirlilik prensibinin gereği olarak paylı mülkiyete tabi şey bir bütün hâlinde, başka bir anlatımla, fiilen veya hukuken bölünmeksizin, tek mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır⁹. Bununla birlikte, tek kişi mülkiyetinden farklı olarak mülkiyet hakkı, aynı zaman diliminde¹⁰ birden çok kişiye¹¹ aittir. Bu kişiler arasında “paylı mülkiyet birliği” kurulmakta ve kişilerin her biri mülkiyetin bir payına sahip olmaktadır¹². Bu kapsamda paylı mülkiyete ilişkin uyuşmazlıkların çoğu paydaşlar arasındaki ilişkilerden, özellikle paydaşların paylı

⁷ **Kurşat**, s. 7-8; **Eren**, s. 85.

⁸ **Kurşat**, s. 9; **Eren**, s. 85.

⁹ Malın niteliğinin elvermesiyle malın birden fazla parçaya ayrılması durumunda, her bir parça üzerinde paylı mülkiyetten söz edilemeyecektir. Zira bu durumda birden fazla kişiye ait ayrı mülkiyet hakları söz konusu olacaktır. **Eren**, s. 88; **Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir**, s. 346.

¹⁰ Eşya üzerinde kişiler arasında zaman bakımından birliktelik kurulması kapsamında devre mülk hakkı için ayrıca bkz. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 57 vd.

¹¹ Bunlar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilirler. **Kılıçoğlu**, s. 241; **Kurşat**, s. 10.

¹² **Oğuzman/Seliçi/Oktaç-Özdemir**, s. 346; **Kurşat**, s. 10-13.

maldan yararlanması ve paylı malın yönetimi hususunda ortaya çıkmaktadır. Bunun nedeni ise her bir paydaşın hakkının, paylı malın tamamına yayılmış fakat bunun birbirlerinin haklarıyla sınırlandırılmış olmasına dayanmaktadır¹³.

Paylı mülkiyet ilişkilerinde iki alanın varlığından bahsedebilmek mümkündür. Buna göre paylı mülkiyetin ilk alanı paydaşların eşyayla olan ilişkilerinden kaynaklanan ve aynî nitelikteki bireysel alandır. Paylı mülkiyetteki ikinci alan ise, paydaşların oluşturduğu birlikten kaynaklanan ve birbirleriyle ilişkilerinin düzenlendiği topluluk alanıdır¹⁴.

Çağdaş hukukta paylı mülkiyet ile ilgili pek çok problemle karşılaşılmaktadır. Ayrıca konunun farklı boyutlarına ilişkin çokça teorik tartışma bulunmaktadır.

Paylı mülkiyetin temeli ise Roma hukukuna dayanmaktadır. Paylı mülkiyetten kaynaklanan hukuki sorunların Romalılar tarafından detaylı bir şekilde ele alındığı, Roma hukukunun birincil kaynaklarından anlaşılmaktadır.

Roma hukukunun birincil kaynakları incelendiğinde, Romanistlerin *communio* (birlik¹⁵) terimiyle ifade ettikleri paylı mülkiyetten kaynaklanan birlikleri, çözülmesi gereken bir tür hukuki sorun ve sona erdirilmesi gereken geçici bir hukuki ilişki kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Pek çok bakımdan olumsuz olan bu bakış açısı, Roma hukuku

¹³ Özçelik, s. 1-2.

¹⁴ Öztaş, s. 2.

¹⁵ *Societas* (ortaklık) kavramı ile karışmasını engellemek için *communio* kavramını “birlik” olarak Türkçeye çevirmeyi uygun buluyoruz. Kavram özünde bir ortaklık ilişkisini ve hukuki birlik hâlini ifade etmektedir.

kaynaklarına dayanan ve günümüze ulaşan özdeyişlerde kendini güçlü bir şekilde göstermektedir¹⁶:

“*Communio est mater rixarum*”¹⁷

Communio anlaşmazlıkların anasıdır.

“*Amor et dominium non patiuntur socium*”

Aşk ve mülkiyet ortağa tahammül etmez.

Paylı mülkiyete ilişkin bahsi geçen özdeyişlerin anlamının günümüzde de geçerliliğini koruduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Romalıların söz konusu birlikte mülkiyet tipi hakkındaki olumsuz düşüncelerinin mülkiyet anlayışlarındaki bireycilik fikriyle izah edilebilmesi mümkündür.

Roma hukukunda her bir paydaşın paylı mal üzerindeki hakkını ifade etmek üzere *dominium pro parte* (pay ile mülkiyet), *pars portio dominii* (mülkiyet üzerindeki pay) veya *pars rei pro indiviso* (bölünmemiş mal üzerindeki pay) gibi kavramlar

¹⁶ **Koschaker/Ayiter**, s. 121-122; **Erdoğan**, Eşya, s. 47; **Ayiter, N.:** Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961, s. 32.

¹⁷ **Ayiter**, Elbirliği, s. 32; **Erdoğan**, Eşya, s. 47. Bahsi geçen özdeyişin, Klasik Hukuk Dönemi’ne ait olmayan metinlerden hareketle geliştirildiği ve Orta Çağ’daki *communio*’ya yönelik anlayışı yansıttığı düşünülmektedir. Bu bakımdan özdeyişin, kurumun ortaya çıktığı zamanın izini değil; daha ziyade kurumun çöküşünü yansıttığı düşünülmektedir. **De Martino, F.:** Individualismo e Diritto Romano Privato, Torino 1999, s. 44.

kullanılmaktaydı¹⁸. *Communio* (birlik) kavramı ise daha çok paylı mülkiyet birliğini ifade etmekteydi.

Roma hukukunda paylı mülkiyet kurumunu ele alan çağdaş kaynaklarda bazen *condominium* (birlikte mülkiyet) kavramının kullanıldığı görülse de¹⁹ bu kavram Klasik Hukuk Dönemi'ne ait değildir ve *Digesta*'da bu kavramdan bahsedilmemektedir. *Condominium* teriminin Klasik Dönem Roma hukukuna yabancı olması nedeniyle, çalışmamızda bu kavramı kullanmayı tercih etmiyoruz.

Roma hukukunun arkaik dönemlerinde *consortium ercto non cito* olarak adlandırılan ve bazı özellikleriyle günümüzdeki elbirliği mülkiyeti kavramı ile kıyaslanan bir kurum daha bilinmekteydi. Bununla birlikte, henüz Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27– M.S. 250)'nin başlarında ortadan kalktığı için kurum kendine fazla uygulama alanı bulamamıştı. Ayrıca kavramın elbirliği mülkiyeti ile ilişkilendirilebilmesi, aşağıda izah edildiği gibi²⁰, pek mümkün değildi. Gerçekten kavramın atipik özellikleri mevcuttu. Dolayısıyla, *consortium ercto non cito*'nun arkaik dönemdeki uygulaması bir kenara bırakılacak olursa, Roma hukukunda birlikte mülkiyetin tek şeklinin paylı mülkiyet

¹⁸ **Bonfante, P.:** Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1925, s. 290; **Umur, Z.:** Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1983, s. 35.

¹⁹ **Kaser, M. (Çev. Dannenbring, R.):** Roman Private Law, Pretoria 1984, s. 123; **Karadeniz Çelebican,** Eşya, s. 141; **Umur,** Eşya, s. 35; **Erdoğan,** Eşya, s. 46; **Koschaker/Ayiter,** s. 121.

²⁰ Bkz. Birinci Bölüm'de *Consortium Ercto Non Cito* başlığı

olduğunu ve Romalıların elbirliği mülkiyeti kavramına yabancı olduklarını söyleyebiliriz²¹.

Gerçekten, Roma hukukuna yabancı olan elbirliği mülkiyeti kavramının temeli Germen hukukuna dayanmaktadır²². Kavram, Germen hukukundan İsviçre hukukuna, daha sonra iktibas yoluyla çağdaş hukukumuzda geçmiştir²³.

²¹ Elbirliği mülkiyeti kavramı, *Mecelle* bakımından da tanınmamaktadır. *Mecelle*'ye göre malikin mülkiyetin sağladığı yetkileri tek başına kullanması durumunda *müstakil mülkiyetten*; mal ve alacak hakkının birden fazla kişiye ait olması durumunda *mülk-i müsterekten* (hisseli mülkiyet) söz edilmekteydi. Türk Kanunu Medenisi'nin kabulüne kadar birlikte mülkiyetten söz edilince sadece paylı mülkiyet anlaşılmaktaydı ve elbirliği mülkiyeti tanınmamaktaydı. Çağdaş hukukumuzda paylı mülkiyet olarak tanımladığımız türe ise *Mecelle*'de *şirket-i mülk* denmekteydi. Bir üst kavram olarak *şirket-i mülk*ün özel türü, alacaklar üzerinde kurulan ortaklık bakımından *şirket-i deyn*; eşya üzerinde kurulan ortaklık bakımından *şirket-i ayn* olarak isimlendirilmekteydi. **Kurşat**, s. 61-62; **Aybay**, s. 4; **Arpacı**, s. 4; **İmamoğlu, M. A.:** Mülkiyet ve Toprak Sistemleri, Ankara 2006, s. 74-75.

²² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 393; **Aybay**, s. 4; **Eren**, s. 130; **Öktem**, s. 7; **Ayiter**, Elbirliği, s. 33. **Erdoğan**, s. 4. Elbirliği mülkiyetinin, kolektivist Germen üretim anlayışına ve Germen disiplinine dayandığı kabul edilmektedir. **Serozan**, s. 246. Germenlerde ailenin bir bütün olduğu kabul edilmekteydi. Bu bakımdan aile mallarının da bir bütün hâlinde korunması gerekmektedir. Aile üyelerinin, aileye ait mallar üzerinde tek başına tasarrufta bulunabilmeleri kabul edilmemekteydi. Dolayısıyla Germen aile hukuku, elbirliği mülkiyetinin gelişimine katkı sağlamıştı. Feodal anlayışa ve hukuka uygun olarak elbirliği mülkiyeti böylelikle kendine uzun süre uygulama bulabilmişti. **Sezgin**, s. 1070.

²³ **Erdoğan**, s. 4; **Yazıcı, A. N. M.:** Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Ankara 2018, s. 30. İsviçre'de Medeni Kanun'un kabulünden önce elbirliği mülkiyetine ilişkin kurallarda bütünlük söz konusu değildi. Fakat karı koca malları arasında elbirliği mülkiyetine

Roma hukukunun şüphesiz en önemli kaynağı olan *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta* bölümünde paylı mülkiyete müstakil bir başlık ayrılmamıştır. Roma hukukunda paylı mülkiyetten kaynaklanan birlikler, bazen iki kişinin bir köleyi beraber satın alması hâlinde; bazen birden fazla kişiye belirli mal bırakıldığında; bazen *societas* gibi rızâ sözleşme vasıtasıyla; bazen mülkiyetin aslen kazanıldığı *commixtio* ve *confusio* gibi hâllerde ortaya çıkmıştır. Bahsi geçen kavramlar ise *Digesta*'nın farklı kitaplarına yayılan farklı fasıllarında ele alınmıştır. Paylı mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hukuk kuralları böylelikle *Digesta*'nın farklı kitaplarına yayılmıştır ve adi ortaklık, satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, bağışlama, belirli mal bırakma, rehin, irtifak hakkı, mülkiyetin kazanılması ve mülkiyetin korunması gibi münferit başlıklar altında ele alınmıştır. Bu nedenle paylı mülkiyete ilişkin somut uyuşmazlıklara ve kurallara Roma hukuku kaynaklarında tek kavram vasıtasıyla ulaşabilmek mümkün değildir²⁴. Gerçekten, Roma hukukunda paylı mülkiyete ilişkin bir çalışma, özellikle *Digesta*'nın farklı kitaplarının bütüncül şekilde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Belirli bir sistematik dâhilinde konuyu ele almamakla birlikte, Romalılar kaçınılmaz hâllerde paylı mülkiyet birliklerinin kurulduğunu kabul etmişlerdir. *Digesta*'nın 10. kitabının 3. faslı ile *Codex*'in 3. kitabının 36-38. fasılları, paylı mülkiyet hakkındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin, ortaklığın giderilmesi davası olarak

ilişkin hükümler kabul edilmişti. Kanun'un miras ortaklığına ilişkin olarak elbirliği mülkiyetini kabul etmesiyle birlikte elbirliği mülkiyetinin uygulama alanı önemli şekilde genişlemiştir. **Sezgin**, s. 1070.

²⁴ **Segrè, G.:** “Sulla Natura della Comproprietà in Diritto Romano”, Dalla Radice Pandettistica alla Maturità Romanistica, Scritti di Diritto Romano, Torino, 1974, s. 25-226, s. 28.

Türkçeye çevirebileceğimiz, *actio communi dividundo*²⁵, ya ayrılmıştır. *Digesta*’nın bahsi geçen bölümlerinin kapsamı, antik Roma’da paylı mülkiyete ilişkin anlaşmazlıkların, günümüzde olduğu gibi, oldukça yaygın olduğunu göstermektedir. Gerçekten, paylı mülkiyette payları bakımından paydaşların durumları, paylı mülkiyette yönetim, paylı malın tasarrufu veya paydaşların malın bütünü bakımından yetkileri gibi hususların Romalı hukukçular tarafından tartışıldığı metinlerden anlaşılmaktadır.

Aşağıda da izah edildiği üzere, Romalılar paylı mülkiyeti geçici bir hukuki ilişki olarak ele almaktadır. Paylı mülkiyet hakkındaki çağdaş hukukumuzun anlayışı ise Roma hukukundan bu noktada ayrılmaktadır²⁶.

Roma hukukunun paylı mülkiyet kurumuna yaklaşımı ile günümüz hukukunun yaklaşımı arasında benzerlikler bulunmakla birlikte, bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Buna göre en önemli farklılık, özellikle Klasik Hukuk Dönemi anlayışı çerçevesinde, paylı mal üzerindeki mülkiyet hakkının, tek mülkiyet hakkı olarak kabul edilmemesinde kendini göstermektedir. Nitekim Roma hukukunda paylı mülkiyetin, birbiriyle paylar aracılığıyla sınırlandırılmış²⁷ âdeti birden fazla mülkiyet hakkının bir araya geldiği bir mülkiyet türü olarak algılanması oldukça önemlidir.

²⁵ “Ortaklığın giderilmesi davası” kavramı literatürde yaygın şekilde kullanıldığı için *actio communi dividundo*’da geçen *communio* kavramı burada “ortaklık” olarak çevrilmiştir.

²⁶ Çağdaş hukuklarda paylı mülkiyet, geçici ve hızlıca tasfiye edilmesi gereken bir birliktelik hâli kabul edilmemektedir. Nitekim yeterli ekonomik güce sahip olmayan kişilerin değeri yüksek malları elde edebilmesi bazen sadece paylı mülkiyet yoluyla gerçekleşebilmektedir. **Öztaş**, s. 1.

²⁷ **Özçelik**, s. 6.

Paylı mülkiyeti geçici bir hukuki ilişki ve çözülmesi gereken bir tür problem olarak algılayan Romalı hukukçular, bu nedenle paylı mülkiyetin rahatlıkla sona erdirilebilmesi için çeşitli kurallar ve mekanizmalar geliştirmişler. Bu noktada *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası) ile *communio*'nun sona erdirilmesinin paydaşlar tarafından her zaman talep edilebilmesi kuralını kabul etmişlerdir. Ayrıca *actio communi dividundo*'da hâkime geniş takdir yetkisi vermişler ve paydaşlar arasında hakkaniyete uygun şekilde anlaşmazlıkların son bulmasına imkân sağlamışlardır. Hukukçuların buradaki temel hedefi ise paylı mülkiyetin “kaçınılmaz” olduğu hâllerde, paydaşlara mümkün olduğunca “münferit maliklermiş gibi” yaklaşmaktır²⁸. Gerçekten paylı mülkiyet kavramını âdeta birden fazla mülkiyet hakkının bir araya gelmesi biçiminde tasarlayan Romalılar, her bir paydaşa malın tasarrufunda ve yönetim işlerinde geniş yetkiler tanımışlardır. Böylelikle paylı mülkiyeti gevşek ve her fırsatta kolayca dağıtılabilen geçici bir ilişki olarak tasarlamışlardır²⁹. Bu kapsamda her bir paydaşa *ius prohibendi* (engelleme hakkı) tanınmaları oldukça önemlidir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde bireyci mülkiyet anlayışının egemen olmasına rağmen Romalıların *communio*'da her bir paydaşın bireysel menfaati kadar *communio*'nun menfaatine önem verdikleri kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bu durum, Romalıların mülkiyet anlayışındaki bireyci düşünceye rağmen, *communio* kapsamında paydaşlar arasındaki menfaat dengesini gözetme eğiliminde olduklarını düşündürmektedir. Gerçekten, Roma'da *communio* rejimi öyle bir şekilde düzenlenmiştir ki paydaşların bireysel menfaati ile *communio*'nun genel menfaati arasında bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. Paylı mülkiyetin kurmaca yapısından kaynaklanan teklik ve çokluk

²⁸ Kurşat, s. 61.

²⁹ Özçelik, s. 6-7.

arasındaki bu çelişkili durum, böylelikle Roma hukukunun kabul ettiği kendine özgü yöntemlerle çözülmeye çalışılmıştır.

II. *Communio*

A. *Communio* Kavramı

Roma hukukunda her bir paydaşın paylı mal üzerindeki hakkını ifade etmek üzere *dominium pro parte* (pay ile mülkiyet), *pars portio dominii* (mülkiyet üzerindeki pay) ve *pars rei pro indiviso* (bölünmemiş mal üzerindeki pay) gibi kavramlar kullanılmaktaydı³⁰.

Communio (birlik) kavramı ise teknik anlamda çağdaş hukukta kullanılan “paylı mülkiyet” kavramıyla birebir örtüşmemektedir. Bir mal üzerinde birden fazla kişinin mülkiyetinin olması durumunda kavram daha ziyade paylı mülkiyet birliğini ve paydaşlar arasındaki ortaklığı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Aynı mal üzerinde birden fazla kimsenin aynı zamanda malik olması *rem communem esse* (malın ortak olması), *rem communem habere* (ortak mala sahip olmak) ve *rem plurimum esse* (malın birden fazla kişiye ait olması) gibi kavramlarla ayrıca ifade edilmektedir³¹.

Öte yandan günümüzdeki “paydaş” kavramının karşılığı olarak Roma hukuku kaynaklarında *dominus* (malik) ve *socius* (ortak)³² kavramlarının kullanıldığı anlaşılmaktadır.

³⁰ **Bonfante**, istituzioni, s. 290; **Umur**, Eşya, s. 35.

³¹ **Bonfante**, istituzioni, s. 289; **Umur**, Eşya, s. 35.

³² **Perozzi, S.:** Istituzioni di Diritto Romano Volume I, Firenze 1906, s. 472; **Brugi, B.:** L’ambitus e il Paries Communis nella Storia e nel Sistema del Diritto Romano, Torino 1887, s. 68; **Bonfante**, istituzioni, s. 289.

Paydaşın bazı metinlerde *dominus* olarak ifade edilmesi, Roma hukukunda paylı mülkiyetin, tek kişi *dominium* (mülkiyet)'undan esasen farklı olmadığını ve Romalıların paylı mülkiyet kavramını bireyci bir anlayışla ele aldıklarını düşündürmektedir. Öte yandan bu durum, Roma hukukunda paylı mülkiyet yapısında birden fazla malikin ve bu maliklere ait mülkiyet hakkının bir araya geldiğini göstermektedir.

Bazı metinlerde paydaşı ifade etmek için *socius* kavramının kullanılmasının ise farklı bir sebebi bulunmaktadır. Roma hukukunda paylı mülkiyete vücut veren önemli kaynaklardan biri rıza sözleşme olan *societas* (adi ortaklık)'tır. Aşağıda daha detaylı izah edildiği üzere, *societas*'ta ortaklar isterlerse ortaklığa getirdikleri mal üzerinde paylı mülkiyet kurabilmektedir. Dolayısıyla *societas*'ta paylı mülkiyetin kurulduğu durumlarda, paydaşlar aynı zamanda *societas*'ın ortaklarıdır. Bu nedenle *societas*'ın ve paylı mülkiyetin birlikte ele alındığı metinlerde *socius* kavramı esasen paydaş kavramını da karşılamaktadır.

Iustinianus Dönemi'nde *communio* yeni bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur ve *communio incidens* (tesadüfi *communio*) kavramı ile *quasi contractus* (sözleşme benzeri) başlığı altında farklı bir sistematikte ele alınmıştır.

Communio incidens'te birden fazla kimsenin, bir mala pay vasıtasıyla sahip olması söz konusuydu ve paydaşlar arasında mülkiyet ilişkisi, paydaşların iradelerinden bağımsız olarak tesadüfi bir olaydan meydana gelmekteydi. Gerek *confusio* veya *commixtio*'da olduğu gibi maliklere ait malların birbirine karışması durumunda gerek *legatum* (belirli mal bırakma)'da olduğu gibi malikler arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı halde kendilerine mal bırakılması durumunda, malikler âdeta kendilerini paylı mülkiyet birliği içinde bulmaktaydı³³. Kişilerin iradeleri sonucunda meydana

³³ **Rado, T.:** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, s. 136.

gelmemekle birlikte söz konusu tesadüfi hâllerde taraflar arasında belirli haklar ve borçlar doğmaktaydı. Bu sebeple *communio incidens* sonucunda ortaya çıkan birlik, *societas* (adi ortaklık)’a benzetilmiş; hukuki yapı, *quasi contractus* (sözleşme benzeri) sayılmıştı³⁴. Böylelikle Iustinianus Dönemi’nde paylı mülkiyette paydaşların durumu, *societas*’ın ortaklarının durumuna benzetilerek çözüme kavuşturulmuştu.

Anlaşıldığı üzere kişilerin böylesine bir hukuki yapıya ancak tesadüfi hâllerde, iradeleri dışında, dahil olabilecekleri öngörülmüştü. Buradan hareketle Klasik Hukuk Dönemi’ndeki (M.Ö. 27-M.S. 250) *communio*’ya ilişkin olumsuz yaklaşımların, bir bakıma Iustinianus Dönemi’nde (M.S. 527-M.S. 565) de sürdürüldüğü söylenebilir. Bununla birlikte, pek tabii, Iustinianus Dönemi mülkiyet anlayışı, Klasik Hukuk Dönemi’nin bireyci mülkiyet anlayışından pek çok bakımdan farklılaşmıştı. Gerçekten, Iustinianus Dönemi mülkiyet anlayışı, Klasik Hukuk Dönemi’ni yeniden canlandırma çabalarına rağmen, Orta Çağ’da şekillenen toplumsal ve ekonomik yapılarla uyumlu hale gelmişti.

Klasik Dönem Roma hukukunda paylı mülkiyet, her bakımdan soyut pay kavramı üzerine inşa edilmiş bir kurumdu. Nitekim payların fiziki bir bölünme sonucunda değil, zihnî bir bölünme sonucu, soyut olarak meydana geldiği kabul edilmekteydi. Klasik Hukuk Dönemi’ndeki paylı mülkiyet yapısı, bireysel *ius civile* mülkiyeti kalıpları içinde tutarlı bir şekilde gelişmişti. Her bir paydaşın hakkı, *res communis* (paylı mal³⁵) ile

³⁴ **Dural, M.:** “Roma Hukukunda Akit Benzerleri (Quasi Contractus)”, İÜHFM (1967), C. 33, Sa. 3-4, s. 257-272, s. 270.

³⁵ *Res communis*’in tam karşılığı “ortak mal” olmakla birlikte, çağdaş hukuk ile dil birliği sağlayabilmek adına çalışmamızda *res communis* kavramı için paylı mal terimini kullanmayı uygun buluyoruz.

doğrudan ilişkisinden kaynaklanan, bireysel mülkiyette olduğu gibi, malın tamamına yayılan ve münhasır egemenlik olarak kabul edilmişti³⁶.

B. Pay Kavramı

1. Soyut Pay Kavramı

Paylı mülkiyetin temelini pay kavramı oluşturmaktadır. TMK m. 688/I hükmüne *“Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir”*. Buna göre paylı mülkiyette paydaşlar, maddi olarak bölünmemiş bir şeyin tamamında belirli düşünsel (tasarımsal) paylarla maliktir. Dolayısıyla çağdaş hukukumuza göre paylı mülkiyette fiilî bölünme yerine fikrî bölünme kabul edilmektedir³⁷. Nitekim eşya, paydaşlar arasında fiziken bölüşülmemektedir ve pay ile eşyanın tamamına yayılmış, mülkiyetin soyut ve düşünsel bir oranı ifade edilmektedir³⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki her paydaş, eşyanın her zerresinde, mülkiyetin sağladığı yetkilerin tamamıyla donatılmış şekilde tam maliktir. Bu bakımdan rakamsal payın önemi; eşyanın yönetiminde, ortak giderlere katlanma yükümlülüğünde ve paylı mülkiyetin sona erdirilmesini müteakip bölüşme tutarının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır³⁹.

³⁶ **Evangelisti, M.:** “Riflessioni in Tema di Ius Adcrescendi (tra Communio e Coeredità)”, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana (2011-2012), Sa. 10 (<https://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Evangelisti-Ius-adcrescendi-communio-coeredita.htm>). S.E.T.: 08.11.23

³⁷ **Serozan**, s. 235; **Özçelik**, s. 19.

³⁸ **Öztaş**, s. 15.

³⁹ **Serozan**, s. 235.

Çağdaş hukukumuzda paylı mülkiyete ilişkin benimsenen bu anlayışın temeli Roma hukukuna dayanmaktadır.

Roma hukuku paylı mülkiyetinde paydaşlar, bölünmüş malın bir parçasının maliki kabul edilmemektedir. Gerçekten, malın en küçük parçasında bile her paydaşın soyut⁴⁰ (fikrî⁴¹, ideal⁴², varsayımlı⁴³, düşünsel⁴⁴, zihinsel⁴⁵) payının bulunduğu düşünülmektedir. Bu sebeple Klasik Hukuk Dönemi'nde paylı mülkiyet kavramı *communio pro indiviso* (bölünmemiş *communio*) kavramıyla da ifade edilmektedir⁴⁶. Böylece *communio*'nun bölünmezliği ve *communio*'daki payın soyut karakteri vurgulanmaktaydı.

Paylı mülkiyete karşılık gelen kavramlardan bir diğeri *pars pro indiviso* kavramıdır. Nitekim *pars* (parça, bölüm, pay) terimi, bütün içinde münhasır mülkiyeti ifade etmesi açısından önemlidir. Öte yandan Roma hukukunda *pars* kavramı ile *res communis* üzerindeki soyut bir parça ifade edilmektedir. Bütün üzerinde hâkimiyetin tekliği kabul edilmekle birlikte, maliklerin birden fazla olması durumunda paylı

⁴⁰ Serozan, s. 235; Sirmen, s. 382; Özçelik, s. 19.

⁴¹ Eren, s. 86; Sirmen, s. 382; Özmen, s. 23; Özçelik, s. 19; Arpacı, s. 2; Koschaker/Ayiter, s. 120; Söğütlü, Ö.: Roma Özel Hukuku, Ankara 2021, s. 670.

⁴² Perozzi, Istituzioni, s. 472; Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 144, Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 390; Eren, s. 86; Özmen, s. 23.

⁴³ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 144.

⁴⁴ Serozan, s. 235. Özçelik, s. 19. Öztaş, s. 28. Özmen, s. 23.

⁴⁵ Özmen, s. 23.

⁴⁶ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 144. *Communio pro diviso* ise bölünmenin fiziken gerçekleştiği durumları ifade etmekteydi ve bu durumda paylı mülkiyetten bahsedebilmek mümkün değildi. Zira her bir bölünmüş parça üzerinde tek kişi mülkiyeti söz konusu olmaktadır. Segre, s. 33.

mülkiyette *res communis* üzerindeki hâkimiyetin soyut parçalara bölündüğü düşünülmekteydi⁴⁷.

2. *Digesta*'daki Metinlerin Değerlendirilmesi

Bir malın farklı parçaları üzerinde ayrı ayrı maliklerin varlığı, mülkiyet hakkının yapısı gereği esasen mümkün değildir. Doktrinde de belirtildiği gibi “tek bir arsanın kış köşesi benim, yaz köşesi senin denemez! Bir otomobilin ‘ön koltukları benim, arka koltukları senin’ denemeyeceği gibi!”⁴⁸. Bununla birlikte, eşyanın her bir zerresi üzerinde herkesin malik sayılabileceği tarzda birlikte mülkiyet modeli söz konusu olabilmektedir⁴⁹. İşte bu anlayışın temeli Roma hukukuna dayanmaktadır⁵⁰.

Roma hukuku kurallarına göre bir *res* (mal) üzerinde birden fazla kimsenin tek başına ve malın tamamını kapsayacak şekilde egemenlik kurması düşünüleliyordu.

⁴⁷ **Betti, E.:** Istituzioni di Diritto Romano, Volume Primo, Padova 1947, s. 428.

⁴⁸ **Serozan,** s. 232; Benzer yönde bkz. **Ayiter,** Eşya, s. 89.

⁴⁹ **Serozan,** s. 232.

⁵⁰ *De Beneficiis* isimli eserinde Seneca, bir şeyin kişiler arasında nasıl ortak olabileceğini bazı örneklerle açıklamaktadır. Seneca ilk olarak, *cum socio* (ortakla birlikte) ile *societas* ilişkisini ele almaktadır ve burada birlikte mülkiyete atıf yaptığı düşünülmektedir: *ut pars mea sit, pars illius* (bir kısmı benim olsun, bir kısmı onun). İkinci olarak, çocukların anne ve babaya ait olması durumunu ele almaktadır: *patri matrique communes liberi sunt, quibus cum duo sunt, non singuli singulus habent, sed singuli binos* (çocuklar, anneleri ve babaları için ortaktır; iki çocukları varsa, her biri yalnızca bir çocuğa sahip olmaz, aksine ikisi birden [çocukların] her birine sahiptir). Üçüncü olarak Seneca, *equites*'e ayrılan Roma tiyatrolarındaki oturma yerlerine ilişkin ortak haktan bahsetmektedir. **Bonfante, P.:** Corso di Diritto Romano, Volume Secondo, La Proprietà Parte II, Milano 1968, s. 12.

Bunun yerine, maliklerin her birinin *res* üzerindeki mülkiyetin soyut parçasının sahibi olması ve bu nedenle malın bölünmemiş kalması kabul ediliyordu⁵¹.

Romalı hukukçuların bu yaklaşımını, bir metinde görebiliyoruz⁵²:

D. 13.6.5.15 (*Ulpianus libro 28 ad edictum*):

“Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scribit “scripsit” libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. (...)”

Bir taşıtın iki kişiye ödünç verilmesi veya kiralanması durumunda, *Celsus filius*⁵³, *Digesta*’nın altıncı kitabında, her birinin bütünden mi yoksa [maldaki] payı oranında mı sorumlu olduklarının sorulabileceğini belirtir. Ve [*Celsus*] der ki, iki kişinin bir şeyin bütününde mülkiyete veya zilyetliğe sahip olması mümkün değildir. Hiç kimse bütünün bir parçasının mülkiyetine sahip olamaz, ancak [bu kimseler] bölünmemiş bütünün (bedenin, mülkiyetin) payına sahip olabilirler. (...)

⁵¹ **Perozzi**, Istituzioni, s. 472; **Evangelisti**, ius adcrendi.

⁵² **Bonfante, P.:** “Il Ius Prohibendi nel Condominio”, Scritti Giuridici Varii, III. Obligazioni, Comunione e Possesso, Torino 1926, s. 382-433, s. 383.

⁵³ Metinde Publius Iuventius Celsus’tan bahsedilmektedir.

Iuventius Celsus'a göre, sadece paylar vasıtasıyla *corpus* (beden, bütün) üzerinde mülkiyete sahip olmak mümkündür. Bununla birlikte, malın bütünü üzerinde, aynı anda iki kişinin *dominium* (mülkiyet)'u veya *possessio*⁵⁴ (zilyetlik)'su söz konusu olamaz.

Metinde *Iuventius Celsus*'un özlü şekilde ifade ettiği üzere, bütünün herhangi bir parçası üzerinde egemenlik kurmak yerine, somut olarak bölünmemiş bütün üzerinde bir pay vasıtasıyla egemenlik kurmak mümkündür.

Benzer durumun ele alındığı başka bir metni inceleyelim:

D. 50.16.25.1 (*Paulus libro 21 ad edictum*)

“*Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. (...)*”

⁵⁴ Roma'nın arkaik dönemlerinde *gens*'lerin topraklar üzerinde birlikte mülkiyeti olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan *gens* üyesi olan *pater familias*'a işletilmek üzere bırakılan toprak parçası üzerindeki hâkimiyetin *possessio* olarak adlandırılmış olması ihtimal dahilindedir. Devlet otoritesinin ortaya çıkmasıyla birlikte *gens*'ler giderek önemini yitirmiştir. Bunun sonucunda devletin tasarrufundaki toprakları ifade eden *ager pulicus* ve *pater familias*'a ait topraklar biçiminde ikili bir ayırım ortaya çıkmıştır. Bu durumda devlet, dilediği zaman geri alabileceği şekilde işletilmek üzere söz konusu arazileri bireylere tahsis etmeye devam etmiştir. Mülkiyeti devlette olan söz konusu topraklar üzerinde bireyler *possessio* elde etmiştir ve *interdictum* olarak adlandırılan koruma vasıtalarıyla işlettikleri toprakları koruma imkânına sahip olmuştur. **Erdoğan**, Eşya, s. 17.

Quintus Mucius, pay [kavramı] ile bölünmemiş bir şeyin kastedildiğini söylemektedir: çünkü bizim için bölünmüş olan şey parça değildir, bütündür.

Metne göre bir kimsenin, fiziksel olarak bölünebilen malın maddi bir parçasının sahibi olması durumunda, bu kimse zaten bir bütünün -*Quintus Mucius Scaevola*'nın *totum* dediği şeyin- sahibi konumundadır. Dolayısıyla söz konusu “bütün” üzerinde tek kişi mülkiyeti ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Başka bir anlatımla, “bizim için bölünmüş olan şey” açısından artık paydan değil, üzerinde tek kişi mülkiyeti kurulabilen bir bütünden bahsedebilmek mümkündür.

Alıntı yaptığımız metinde esasen *pars pro indiviso* ve *pars pro diviso* arasındaki farka işaret edilmektedir. Mal üzerinde fiziki bir bölünme gerçekleşmesi durumunda (*pars pro diviso*) her bir parça üzerinde tek kişi mülkiyeti söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla paylı mülkiyette (*pars pro indiviso*) bölünme, fiziki olarak gerçekleşmemektedir. Nitekim bölünme tasavvur edilmektedir. Bu durum bize Roma hukukunda pay kavramının soyut niteliğini göstermektedir.

Böylece *res communis*'in âdeta her bir atomunda, payları eşit olmasa bile, paydaşların her birinin eşit hakkı olduğu kabul edilmektedir⁵⁶.

Soyut pay kavramı hakkında Ulpianus'a ait başka bir metni inceleyelim:

D. 45.3.5 (*Ulpianus libro 48 ad Sabinum*)

“*Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut*

⁵⁵ **Evangelisti**, ius adcrendi.

⁵⁶ **Evangelisti**, ius adcrendi.

intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione adquirat, omnibus adquirit pro parte, qua dominium in eo habent. Licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat. Sed si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirat, cuius iussu stipulatus est.”

Servus communis (ortak köle), [efendilerinin] hepsine aittir, fakat her birine bireysel olarak değil, bölünmemiş paylar hâlinde aittir, öyle ki paylar fiziki değil, düşünsel (soyut) algılanır; bu nedenle, ortak köle *stipulatio* yaparsa veya başka bir şekilde kazanç elde ederse, köleye sahip oldukları oranda (payda) kazanç, efendilere ait kabul edilir. Bununla birlikte, köle, efendilerinden belirli biri için *stipulatio* yapabilir veya sadece onun için bir malı teslim alabilir. Ancak efendilerinden birinin talimatıyla *stipulatio* yapmışsa, [kazancı] sadece talimat aldığı efendisi için elde edebilir.

Metinde *servus communis* (ortak köle)’in hukuki durumu ele alınmaktadır.

Alıntı yaptığımız metinde de ifade edildiği gibi ortak köle, efendilerin her birine ait kabul edilmekteydi. Fakat efendilerin ortak köle üzerindeki hak sahipliği, soyut paylar vasıtasıyla mevcuttu. Başka bir anlatımla efendiler, kölenin belirli bir uzvuna veya bedeni

üzerinde fiziki bir kısma sahip değillerdi. Efendilerin daha ziyade köle üzerinde kavramsal paylara, örneğin ½ veya ¼ oranında, paya sahip oldukları düşünölmekteydi⁵⁷.

Metnin devamında da vurgulandığı gibi, kölenin *stipulatio* veya herhangi bir işlemle kazanç elde etmesi durumunda; kölenin elde ettiğı kazançlar, her bir efendinin köle üzerindeki payı oranında efendilere ait kabul edilmekteydi. Bu bakımdan ortak kölenin kazanç elde etmesi hususundaki genel kural ortaya konmaktaydı⁵⁸. Gerçekten bu durum hem köle-efendi arasındaki egemenlik ilişkisinin bir sonucuydu hem paylı mülkiyetteki soyut pay kavramının bir tezahürüydü.

Böylelikle metinde Ulpianus, *servus communis* (ortak köle)'in ayrıksı durumuna atıfta bulunmaktadır. Bunu yaparken Ulpianus, selefleri Quintus Mucius Scaevola ve Iuventius Celsus'un söylediklerini esasen tekrarlamaktadır. Fakat seleflerinden farklı olarak, *partes indivisae*'ın somut, fiziki veya bedenlen değil daha ziyade, soyut niteliğinin düşünölməsi gerektiğini (*ut intellectu magis partes habeant quam corpore*) vurgulamış olması ayrıca önemlidir⁵⁹.

Her bir paydaş, mala tek başına sahip olan bir *dominus* gibi, kendi payı üzerinde hakka sahiptir. Böylelikle paydaş, payı üzerinde uygun gördüğü şekilde tasarrufta bulunabilmektedir ve başkalarının bu hakkına sayğı göstermesini talep edebilmektedir. Yine her bir paydaş, payı oranında, diğer paydaşlardan bağımsız olarak hakkını kullanabilmektedir. Soyut pay kavramı böylelikle paylı mülkiyetin her aşamasında etkilidir. Soyut paylar, paydaşların paylı maldan elde ettiğı semerelere ve paylı mal için

⁵⁷ **Leesen, T. G.:** Gaius Meets Cicero Law and Rhetoric in the School Controversies, Leiden 2010, s. 256.

⁵⁸ **Leesen,** Gaius, s. 254.

⁵⁹ **Evangelisti,** ius ad crescenti.

yaptığı masraflara katılmasının ölçüsünü belirlemektedir. Her durumda paydaşın hakkı, diğer paydaşlarıkiyle sınırlandırılmaktadır⁶⁰.

Öte yandan, paylı mala ilişkin tasarrufların etki doğurabilmesi, tüm paydaşların buna rıza göstermesi ile mümkündür. Paydaşın malın tamamı üzerinde soyut paya sahip olması, sadece kendi payı üzerinde tek başına tasarrufta bulunabilmesi anlamına gelmektedir⁶¹. Bunun tipik örnekleri sınırlı aynî haklardan irtifak hakkında ve ortak kölenin azat edilmesinde kendini göstermektedir⁶². İlerde ele alındığı üzere, irtifak hakkı ister olumlu ister olumsuz olsun, paylı mal üzerinde paylarla orantılı olarak kurulamamaktadır ve paydaşların tamamı malda irtifak hakkı kurulması işlemine katılmaktadır. Nitekim irtifak hakkının paylı mal üzerinde kurulması, paylı malın tamamını ilgilendiren bir işlemdir. *Servus communis*'in azat edilmesi bakımından ise hiç kimse kısmen özgür kısmen köle olamayacağı için Roma hukuku kurallarına göre kölenin *pro parte* azat edilemeyeceği düşünülmektedir⁶³. Dolayısıyla paylı malın tamamını ilgilendiren tasarruf işlemlerinde paydaşların tamamının beraber hareket etmesi beklenmektedir.

3. Paydaşların Paya İlişkin Hukuki İşlemleri

Paylı mülkiyette paydaşlar, tek kişi mülkiyetindeki maliklerden farklı olarak, paylı mülkiyet birliğine kendi payları oranında dahil olmaktadır. Paylı maldan semere

⁶⁰ **Evangelisti**, ius adcrendi.

⁶¹ **Evangelisti**, ius adcrendi; **Kaser**, s. 123.

⁶² **Kaser**, s. 123.

⁶³ **Evangelisti**, ius adcrendi; **Kaser**, s. 123.

elde edilmesinde veya ortak kölenin elde ettiği kazançlara bu bakımdan payları oranında katılmaktadırlar⁶⁴.

Aynı kural paydaşın payına ilişkin tasarruflarında da geçerlidir. Buna göre paydaş, payını devredebilmektedir veya payı üzerinde sınırlı aynî hak tesis edebilmektedir. Bu kapsamda örneğin paydaşın payını rehnedebilmesi kabul edilmektedir⁶⁵.

Bununla birlikte irtifak hakkı gibi paylı malın bütününe ilgilendiren meselelerde paydaşın *pro parte* hareket edebilmesi ve kendi payı üzerinde irtifak hakkı kurabilmesi mümkün değildir⁶⁶.

Öte yandan paydaş, mülkiyet hakkının bir gereği olarak bazı davalarda *pro parte* (payına düşen kısım oranında); bazı davalarda ise *in solidum* (malın tamamı için) davacı veya davalı olabilmektedir. *Rei vindicatio* ve *cautio damni infecti* durumunda paydaş *pro parte* davacı veya davalı taraf olabilmekteyken; *actio confessoria*, *actio negatoria*, *operis novi nuntiatio*, *actio legis aquiliae*, *actio furti*, *actio noxalis*, *actio de peculio*, *actio institoria*, *actio exercitoria* gibi davalarda ise *in solidum* davacı veya davalı taraf olabilmekteydi⁶⁷.

⁶⁴ **Bonfante**, istituzioni, s. 291; **Erdoğan**, Eşya, s. 46; **Umur**, Eşya, s. 37.

⁶⁵ **Bonfante, P.:** “Il Ius Prohibendi nel Condominio”, Scritti Giuridici Varii, III. Obligazioni, Comunione e Possesso, Torino 1926, s. 382-433, s. 382; **Bonfante**, istituzioni, s. 291; **Evangelisti**, ius adcrendi; **Erdoğan**, Eşya, s. 46; **Umur**, Eşya, s. 37; **Söğütü**, s. 670; **Ayiter**, Elbirliği, s. 30.

⁶⁶ **Bonfante**, Ius Prohibendi, s. 382; **Erdoğan**, Eşya, s. 46.

⁶⁷ **Umur**, Eşya, s. 38.

4. Paylı Mülkiyetin Hukuki Niteliği Hakkında Teoriler

Paylı mülkiyetin hukuki niteliği son derece tartışmalı bir konudur⁶⁸. Tartışmalar sonucunda tatmin edici bir çözüme ulaşıldığı da söylenemez⁶⁹. Öyle ki doktrinde paylı mülkiyetin hukuki niteliğinin, hukuk dogmatığının en zor konularından biri olduğu belirtilmektedir⁷⁰. Benzer şekilde, paylı mülkiyet kavramı hakkında kütüphaneler dolusu eser bulunmasına rağmen, kesin bir sonuca ulaşmanın imkânsız olduğunun altı çizilmektedir⁷¹.

Paylı mülkiyetin hukuki niteliği hakkındaki teoriler kapsamında hukukçular esasında tek bir soruyu cevaplamaya çalışmaktadır. Nasıl olur da birden çok kişi, aynı anda, belirli bir malın üzerinde, eşit şekilde mülkiyet hakkına sahip olabilmektedir?

Konunun çetrefilli olmasının çeşitli nedenleri vardır. Her şeyden önce, mülkiyet hakkı eşya üzerinde en kapsamlı hâkimiyeti sağlarken ve içerisinde pek çok yetkiyi barındırırken, hakkın ayrıca eşyanın her zerresine yayılmasına ve aynı eşya üzerinde birden fazla olamamasına ilişkin kurgu, konuyu tartışmalı hâle getirmektedir⁷².

⁶⁸ **Akipek**, Aynî, s. 22; **Ayan**, s. 58; **Öztaş**, s. 13.

⁶⁹ **Segrè**, s. 31; **Perozzi, S.:** Saggio Critico sulla Teoria della Comproprietà, Milano 1890, s. 32; **Bonfante**, Corso, s. 5.

⁷⁰ **Kurşat**, s. 14.

⁷¹ **Öztaş**, s. 4. Bonfante, kurumun hukuki niteliği hakkındaki tartışmaların neredeyse tamamının spekülâtif zeminde ilerlediğini ifade etmektedir ve *communio*'nun çeşitli kurumları içeren, bilinmezlerle dolu, genel bir kategori olduğunu vurgulamaktadır. **Bonfante**, Corso, s. 5, 11; Benzer şekilde Perozzi, anlaşılması bu kadar zor olan ve hakkında yazarların çokça tartıştığı başka bir kurum olmadığını belirtmektedir. **Perozzi**, Critico, s. 6.

⁷² **Öztaş**, s. 4-5.

Yasa koyucuların mülkiyet hakkını ele alırken tek kişinin eşya üzerindeki egemenliğini esas alması da ayrıca önem arz etmektedir. Nitekim bir birlikte mülkiyet türü olan paylı mülkiyette, birden çok hak sahibinin varlığı, konunun ele alınmasını zorlaştırmaktadır⁷³. Bu bakımdan birden fazla kişinin aynı şeye sahip olabileceğini düşünmek, mantıksal bir çelişkiyi barındırmaktadır⁷⁴.

Bir diğer önemli nokta, paylı mülkiyetteki topluluk ilişkisinin bir sonucu olarak konunun sadece eşya hukuku alanı bağlamında ele alınmasının yeterli olmamasıdır ve borçlar hukuku alanıyla beraber değerlendirilmesi zorunluluğudur⁷⁵.

Doktrinde mülkiyet hakkının hukuki niteliğinin, paylı mülkiyetin hukuki yapısını izah etmede karşılaşılan zorluklardan biri olduğu da ayrıca belirtilmektedir. Bazı yazarlarca, mülkiyet hakkının sahibine eşya üzerinde tam ve sınırsız hâkimiyet veren bir hak olarak tanımlandığı müddetçe, paylı mülkiyetin hukuki yapısının izah edilmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmektedir. Öyle ki bazı yazarlar mülkiyet hakkına ilişkin farklı tanımlama getirerek, hakkın tekliği ilkesinden paylı mülkiyet bağlamında vazgeçmekte ve paydaşların her birinin aynı eşya üzerinde âdeta ayrı bir mülkiyet hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir⁷⁶.

Tarihsel gelişimine göre teorileri incelemek gerekirse⁷⁷:

⁷³ **Perozzi**, Critico, s. 7; **Öztaş**, s. 4-5.

⁷⁴ **Perozzi**, Critico, s. 7.

⁷⁵ **Öztaş**, s. 4-5.

⁷⁶ Bahsi geçen tartışmalar hakkında bkz. **Öztaş**, s. 6.

⁷⁷ **Bonfante**, Corso, s. 5.

a. Paylı Mülkiyette Eşyanın Bölündüğünü İleri Süren Görüşler

Geçtiğimiz yüzyıla kadar etkili olan bu husustaki en eski teorinin paylı mülkiyette eşyanın bölündüğünü ileri sürdüğünü⁷⁸ görmekteyiz.

Bu teoriyi savunanlara göre paydaşlardan her biri eşyanın bir parçasının sahibi konumundadır⁷⁹. Teori kapsamında her bir paydaşın mülkiyet hakkının konusunun bağımsız eşya olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle her bir paydaş aslında bağımsız birer malik konumundadır⁸⁰. Ortak hukukta hâkim olan ve sonrasında Alman hukukunda etkili olan bu düşünceye göre mülkiyet hakkının konusu, doğası gereği münferiden bir bütünü oluşturan maddi şeydir⁸¹.

Önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu teori, eşyanın fiziken bölündüğünü kabul etmemektedir. Gerçekten eşyanın, oransal olarak bölümlere ayrıldığı kabul edilmektedir ve bunlar ideal, farazi veya soyut bölümler⁸² olarak adlandırılmaktadır⁸³. Böylelikle bölünme zihinde gerçekleşmektedir ve burada belirli fiziksel kısımlardan söz edilemeyeceği savunulmaktadır. Nitekim burada eşyanın en küçük parçası veya atomu

⁷⁸ **Bonfante**, Corso, s. 5; **Perozzi**, Critico, s. 33; **Akipek**, s. 23; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 390; **Eren**, s. 89; **Kurşat**, s. 15; **Ayan**, s. 59; **Özgür**, s. 9; **Arpacı**, s. 2; **Özçelik**, s. 34.

⁷⁹ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 390.

⁸⁰ **Perozzi**, Critico, s. 34.

⁸¹ **Kurşat**, s. 16.

⁸² Eşyanın maddi olarak bölünmesi düşünülemez, nitekim bölünmesi durumunda birlikte mülkiyetten söz edilemez. Dolayısıyla bölünmüş parçalar şeyin maddi parçası değildir; ideal veya düşünsel bir parçası veya payıdır. **Bonfante**, Corso, s. 5-6.

⁸³ **Perozzi**, Critico, s. 33; **Kurşat**, s. 16.

bölünmeye tabi tutulmaktadır⁸⁴. Roma hukuku açısından düşünülecek olursa bu teori bakımından *pars rei*, her bir paydaşın sahip olduğu hakkın konusundan başka bir şey değildir⁸⁵.

Doktrinde eşyanın bölündüğünü kabul eden teoriler farklı açılardan eleştirilmiştir. Eleştirilerden biri, mülkiyet hakkının konusunun hukuken eşyadan başka bir şey olamayacağına, bu bakımdan varsayımsal olarak bir şeyin üzerinde mülkiyet hakkının kurulamayacağına ilişkindir⁸⁶.

b. Paylı Mülkiyette Eşya Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Bölündüğünü

İleri Süren Görüşler

Bu teori kapsamında paylı mülkiyette bölünen unsurun, eşya üzerindeki mülkiyet hakkı olduğu ileri sürülmüştür⁸⁷. Söz konusu teori kapsamında ileri sürülen görüşler, XIX. yüzyıldan geçtiğimiz yüzyıla kadar Almanya’da ve İsviçre’de hâkim görüş hâline gelmiştir⁸⁸.

Buna göre mülkiyet konusu şey tek olmakla birlikte, şey üzerindeki hak âdeta parçalara ayrılmıştır. Her bir paydaşın hakkı, niteliği bakımından hakkın bütününe

⁸⁴ **Kurşat**, s. 15-16.

⁸⁵ **Bonfante**, Corso, s. 6.

⁸⁶ Teoriye yöneltilen diğer eleştiriler için bkz. **Kurşat**, s. 16-17.

⁸⁷ **Bonfante**, Corso, s. 6; **Perozzi**, Critico, s. 35; **Akipek**, s. 23; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 390; **Eren**, s. 89; **Ayan**, s. 59; **Kurşat**, s. 18; **Arpacı**, s. 3; **Özçelik**, s. 34.

⁸⁸ **Kurşat**, s. 19; **Özgür**, s. 9. Teoriyi savunanlar arasında Warnkönig, Bucholtz, Kierulff, Böcking, Müller ve Keller sayılabilir. **Bonfante**, Corso, s. 6-7; **Perozzi**, Critico, s. 38. Aynı zamanda Scheurl, Dernburg ve Segrè tarafında ileri sürülen görüşler de bu teori kapsamında değerlendirilebilir. **Bonfante**, Corso, s. 6-7.

benzeyen küçük bir parçasıdır. Bu nedenle her bir paydaş, hakkı üzerinde münferit malike tanınan yetkilere sahiptir. Teoriye göre, hakkın fiziksel bir varlığı olmadığından fiziken bölünmesi mümkün olamayacağı için bölünmesi ancak zihinde gerçekleşebilmektedir⁸⁹. Başka bir deyişle, her bir paydaş, mal üzerinde âdeta kısmi bir hakka sahiptir⁹⁰.

Bununla birlikte, teori pek çok noktada eleştiriye uğramıştır. Eleştirilerden biri eşya üzerindeki mülkiyet hakkının bölünmesiyle birlikte tam hak ve bölünmüş hak ikiliğinin ortaya çıktığını vurgulamaktadır. Payın mülkiyet hakkını bölmesi durumunda, pay sayısı kadar kısmi hakkın ortaya çıkması söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, mülkiyet hakkının eşya üzerinde tam ve mutlak hâkimiyet sağlaması nedeniyle eşya üzerinde ancak tek bir mülkiyet hakkı söz konusu olabilmektedir⁹¹. Ayrıca bu durumda tam hak konusunun hiç kimsenin mülkiyetine ait olmaması gibi bir sorun da ortaya çıkmaktadır⁹². Gerçekten de söz konusu teori, bu soruna cevap üretememektedir.

Bahsi geçen teori bağlamında Roma hukuku kavramları üzerinden bir değerlendirme yapıldığı takdirde, mülkiyet hakkından doğan bireysel yetkilerin, maliklere *pro parte* ait kabul edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada pay, artık her bir malikin sahip olduğu hakkın konusunu oluşturmamaktadır, bunun yerine hakkın tam anlamıyla kendisini temsil etmektedir. Demek oluyor ki burada *pars rei*'den söz

⁸⁹ Kurşat, s. 18; Özgür, s. 9

⁹⁰ Bonfante, Corso, s. 6; Akipek, s. 23; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 390; Eren, s. 89; Özçelik, s. 34.

⁹¹ Öztaş, s. 14.

⁹² Teoriye yöneltile diğer eleştiriler için bkz. Kurşat, s. 19-20.

edebilmek mümkün değildir; ancak *pars dominii*'den veya *pars dominica*'dan bahsedebilmek mümkündür⁹³.

Pay kavramı ile doğası gereği bir bütünün parçası anlaşılmaktadır. Gerçekten pay bir çeşit bölünme sonucunda meydana gelmektedir. Bununla birlikte, çağdaş hukuk doktrininde eşyanın veya hakkın bölündüğüne ilişkin teoriler, artık kabul görmemektedir⁹⁴.

c. Hakkın veya Eşyanın Bölünmediğini İleri Süren Görüşler

Hakkın veya eşyanın bölünmediğini ileri süren görüşler ayrı bir teori kapsamında değerlendirilebilir⁹⁵. Bu teoriye göre paydaşlardan her biri malın tamamı üzerinde hak sahibidir ve paylı mülkiyette ne eşya ne hak bölünmektedir⁹⁶. Teoriye göre paylı mülkiyette her bir hak sahibi, diğer hak sahibinin hakkıyla sınırlı olacak şekilde mülkiyet hakkını kullanabilmektedir⁹⁷.

⁹³ **Bonfante**, Corso, s. 6.

⁹⁴ **Öztaş**, s. 14; **Akıpek**, s. 23; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s. 390; **Özmen**, s. 23.

⁹⁵ **Bonfante**, Corso, s. 7; **Perozzi**, Critico, s. 46; **Kurşat**, s. 20; **Öztaş**, s. 14-15.

⁹⁶ **Özgür**, s. 10.

⁹⁷ Teorinin TMK'nın genel yapısı ile bağdaşmadığı düşünülmektedir. Aynı eşya üzerinde birden fazla mülkiyet hakkının varlığı, mülkiyetin inhisarcı ve sahibine tam hâkimiyet sağlayan karakteri ile bağdaşmamaktadır. **Özgür**, s. 10; **Kurşat**, s. 20, 22; Teorinin ana hatları Windscheid tarafından geliştirilmiştir ve Steinlehner, Eisele, Brinz, Czychlarz, Jhering tarafından desteklenmiştir. **Bonfante**, Corso, s. 7; **Perozzi**, Critico, 54.

Bununla birlikte teori, mülkiyet hakkının tekelci karakteri ile uzlaşmadığı eleştirisiyle karşılaşmıştır ve semereler açısından bölünebilen yetkileri izah etmekte yetersiz olduğu için eleştirilmiştir⁹⁸.

d. Paylı Mülkiyette Değerin Bölündüğünü İleri Süren Görüşler

Başka bir teori, paylı mülkiyette değerın bölündüğünü ileri sürmektedir⁹⁹. Teori kapsamında maddi anlamda bölünmenin kabul edilememesine alternatif olarak eşyadan sağlanan menfaatin veya değerin bölündüğü fikri önerilmektedir¹⁰⁰.

e. Paylı Mülkiyette Mülkiyet Hakkından Kaynaklanan Yetki ve Ödevlerin Bölündüğünü İleri Süren Görüşler

Paylı mülkiyetin hukuki niteliğini açıklamaya çalışan teorilerden bir diğeri paylı mülkiyette mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetki ve ödevlerin bölündüğünü ileri sürmektedir¹⁰¹. Buna göre mülkiyet hakkının içeriğini oluşturan yetkilerden ve ödevlerden bölünmeye elverişli olanlar, paydaşlar arasında belirli bir orana göre bölünmektedir. Elverişli olmayanlara ise paydaşlar birlikte sahip olmaktadır¹⁰². Bu nedenle paydaşlar arasında eşyaya birlikte malik olmaktan kaynaklanan karşılıklı hak ve borçlar söz konusudur. İsviçre-Türk hukukunda bu teörinin hâkim olduğu kabul edilmektedir¹⁰³.

⁹⁸ Kurşat, s. 20.

⁹⁹ Kurşat, s. 17.

¹⁰⁰ Kurşat, s. 18.

¹⁰¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 390; Akipek, s. 23; Eren, s. 89-90; Ayan, s. 59; Kurşat, s. 17; Özgür, s. 9; Arpacı, s. 3.

¹⁰² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 390; Akipek, s. 23; Ayan, s. 59; Kurşat, s. 17; Özgür, s. 9-10.

¹⁰³ Kurşat, s. 20; Özgür, s. 9; Özçelik, s. 35.

f. Türk Medeni Kanunu’nun Kabul Ettiği Görüş

Konuya ilişkin TMK tarafından kabul edilen görüşe ilişkin değerlendirmelerimizi izah etmek gerekirse:

TMK m. 688/I hükmünce “*Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*” İlgili fıkranın lafzından da anlaşıldığı üzere Kanun, paylı mülkiyette eşyanın bölünmediğini açıkça kabul etmektedir.

Aynı lafızdan hareketle payın, mülkiyet hakkını bölmediği de anlaşılmaktadır. Zira mülkiyet hakkı, niteliği gereği bölünmeye elverişli değildir. Aksi mümkün olsaydı mülkiyet hakkının yanında her bir paydaşın kısmi hakkının varlığı gündeme gelirdi¹⁰⁴. Bu nedenle, TMK kapsamında paylı mülkiyetin her bir paydaşın kısmi mülkiyet hakkının bir araya gelmesiyle oluşan bir haklar topluluğu veya haklar çokluğu olduğu da kabul edilemez. Nitekim paylı mülkiyette tek bir hakkın varlığı söz konusudur.

Açıklanan sebeplerle, paylı mal üzerinde tek bir mülkiyet hakkının bulunduğunu, paydaşların her birinin bölünebilen yetkiler bakımından payları oranında; bölünemeyen yetkiler bakımından da eşyanın tamamı üzerinde yetkilere sahip olduğunu ileri süren görüşün, TMK’da öngörülen kurallara daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

III. Consortium Ercto Non Cito

A. Kavram

Roma hukukunda paylı mülkiyet kavramının kökenini anlamak ve gelişimini irdelemek için *consortium ercto non cito* kurumunun ele alınması gerekmektedir. Kurum,

¹⁰⁴ Öztaş, s. 14.

gerek rızâ sözleşme olan *societas* kurumunun gelişiminde önemli bir aşamayı yansıtmaması gerek Roma hukukunun arkaik dönemlerinde miras ortaklığının ilk şekli olması bakımından ele alınabilmektedir. Çalışmamızın kapsamı Klasik Hukuk Dönemi ile sınırlandırıldığı için *consortium ercto non cito*'ya ve arkaik dönemlerdeki uygulamasına detaylı bir şekilde değinmemekle birlikte, *consortium ercto non cito* hakkındaki tartışmalar, Roma'da birlikte mülkiyetin bilinen ilk şekline ışık tutması ve paylı mülkiyet ile ilişkisi açısından ele alınmaktadır.

Consortium ercto non cito'nun miras ortaklığının Roma hukukundaki en eski şekli olduğu düşünülmektedir. Kavram, Roma hukukunun arkaik döneminde bir aile babasının ölümüyle, terekenin paylaşılmasından evvel *sui heredes*¹⁰⁵ arasında tereke idaresinin

¹⁰⁵ *Suus heres*'in çoğuludur. *Suus heres*, aile babasının egemenliği altındayken, onun ölümüyle birlikte *sui iuris* hâle gelen mirasçıyı ifade etmektedir. **Umur, Z.:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s. 81.

birlikte devam ettirildiği hukuki ilişkiyi ifade etmektedir¹⁰⁶. Bu bakımdan *consortium ercto non cito*, Roma toplumunun kültüründen doğmuş, *ius civile*'ye ait bir kurumdur¹⁰⁷.

Consortium ercto non cito, Roma'nın arkaik dönemlerinde uygulaması olan bir kurumdur; fakat sonrasında kaybolarak yerini başka kurumlara bırakmıştır. Gerçekten *consortium ercto non cito*'nun uygulamada işlevsiz hâle gelmesiyle yerini *societas* (önce *societas omnium bonorum*) ve *communio*'nun aldığı kabul edilmektedir.

Roma'da aile, aile babasının ölümüyle egemenliğinden ayrılan erkek evlat sayısı kadar yeni ailelere ayrılmaktaydı. Terekenin paylaşılmasına kadar ailelerin tek bir çatı altında bir araya gelmesiyle *consortium ercto non cito* denilen mülkiyet birliği

¹⁰⁶ **Watson, A.:** “Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae” RIDA (1962), C. 9, Sa. 3, s. 431-436, s. 431; **Westrup, C. W.:** Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, III. Patria Potestas, Copenhagen 1939, s. 270; **Diosdi, G.:** Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law, Budapest 1970, s. 44; **Onida, P. P.:** “Fraternitas e Societas: I Termini di un Connubio”, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana (2007), Sa. 6 (<https://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Onida-Fraternitas-e-societas.htm>) S.E.T. 13.11.23; **Gönenç, F. İ.:** Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), İstanbul 2004, s. 7; **Şener, O. H.:** “Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Birinci Cilt, İstanbul 2002, s. 703-764, s. 704; **Atak, A. S.:** “Consortium Ercto Non Cito”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 19-38, s. 19.

¹⁰⁷ **Maschi, C. A.:** Disertiones, Ricerche Intorno alla Divisibilità del Consortium nel Diritto Romano Antico, Milano 1935, s. 57.

oluşmaktaydı. *Emancipatio*¹⁰⁸, *exheredatio*¹⁰⁹ veya mirasın paylaşılması yollarına başvurulmaması durumunda, aile üyelerinin, aile babasının ölümüyle birlikte *consortium ercto non cito* çatısı altında bir arada olması, bir anlamda kaderleriydi¹¹⁰.

B. Gaius'un *Institutiones*'indeki 3.154a ve 3.154b Metinleri



¹⁰⁸ Aile babası egemenliği altında bulunan *alieni iuris* bir kimsenin, egemenlikten çıkarılarak *sui iuris* hâle gelmesi için yapılan hukuki işlemidir. **Umur**, Lügat, s. 63; **Berger, A.:** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 451.

¹⁰⁹ Aile babasının, aile evlatlarını mirasçılıktan çıkarması işlemidir. Erkek aile evladı, babası tarafından vasiyet yoluyla mirastan mahrum bırakılmak istendiğinde işlem, aile evladının ismi açıkça belirtilerek (*nominatim*) veya kim olduğu konusunda hiçbir şüpheye mahal vermeyecek başka bir yöntemle gerçekleştirilmekteydi. Diğer kimselerin mirastan mahrum bırakılması ise genel bir ifadeyle gerçekleştirilebilirdi. **Umur**, Lügat, s. 69; **Berger**, s. 462-463.

¹¹⁰ **Atak**, s. 26-27.

Consortium ercto non cito kurumu hakkında bildiklerimiz, Verona metnine¹¹¹ dayanan Gaius'un *Institutiones* isimli eserinde yer almayan bazı metinlerin 1933 yılında bulunmasına dayanmaktadır¹¹².

Bununla birlikte, söz konusu metinlerin 1933 yılında bulunmasından önce de kurumun varlığının esasen anlaşılabilirdiği düşünülmektedir¹¹³. Nitekim metinlerin

¹¹¹ Gaius'un *Institutiones* isimli eserini ihtiva eden Verona metni, Alman tarihçi Niebuhr tarafından 1816 yılında Verona'da bir kilisenin kitaplığında *palimpsest* kitap olarak bulunmuştur. *Palimpsest*, masraflı olması dolayısıyla birden fazla kez kullanılan parşömendir. Böylelikle aynı parşömen üzerine, farklı zamanda, farklı yazarlara ait metinler, birbirleri üzerine yazılmaktadır. Niebuhr, parşömen üzerinde bulunan Gaius'a ait yazıları geri getirmeyi başarmış ve metni okuyabilmiştir. **Karadeniz Çelebican, Ö.:** Roma Hukuku, Ankara 2020, s. 46. Verona'da bulunan *Institutiones*, diğer nüshalardan ayırt edilebilmesi için *Gaius Veronensis* olarak adlandırılmaktadır. Bazı parçaları ihtiva etmeyen bu metindeki eksiklikler, yeni nüshaların bulunmasıyla farklı edisyonlarda tamamlanmıştır. **Berger**, s. 504.

¹¹² **Evangelisti, M.:** "Sull'origine Policentrica della Societas Consensu Contracta", Liber Amicorum per Massimo Bione, Milano 2011, s. 193-209, s. 197; **Evangelisti, M.:** "Consortium, Erctum Citum: Etimi Antichi e Riflessioni sulla Comproprietà Arcaica", Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana (2007), Sa. 6 (<https://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Evangelisti-Consortium-erctum-citum-compropriet-arcaica.htm>) S.E.T.: 09.11.23. **Daube, D.:** "Societas as Consensual Contract" The Cambridge Law Journal (1938), C. 6, Sa. 3, s. 381-403, s. 381; **Frezza, P.:** "Il Consortium Ercto Non Cito e Nouvi Frammenti di Gaio" Rivista di Filologia e d'Istruzione Classica (1934), Sa. 62, s. 27-46, s. 27; **Diosdi**, s. 44.

¹¹³ Verona metninde yer alan **Gai. Inst. 3.154** metninde kullanılan ifadelerden, rıza ile kurulmayan bir ortaklık türü daha olduğu esasen anlaşılmaktadır. **Zimmermann, R.:** The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1992, s. 451.

bulunmasından önce bazı edebiyat kaynaklarından¹¹⁴ kurumun varlığı hakkında fikir sahibi olabilmenin mümkün olduğu belirtilmektedir¹¹⁵.

¹¹⁴ Konu hakkındaki en önemli kaynak *Noctes Atticae*'dir. *Noctes Atticae* (Attika Geceleri), Romalı yazar Aulus Gellius'un bilinen tek eseridir. Eser, felsefeye duyduğu ilgi nedeniyle Atina'ya giden Gellius'un incelediği eserlere ilişkin yorumlarından ve söz konusu eserlerden yaptığı alıntılardan oluşmaktadır. Eser, Roma kültürüne dair önemli bir referans kaynağıdır. Eser içindeki bazı metinler Türkçe'ye de çevrilmiştir. **Gellius A. (Çev.: Keskin L.):** Attika Geceleri, Ankara 2021. Eserde Gellius, *consortium*'u *inseparabilis societas* (bölünmez ortaklık) olarak tanımlamıştır. **Diliberto, O.:** Materiali per la Palingenesi delle XII Tavole, Cagliari 1992, s. 94; Westrup, C. W.: Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, II. Joint Family and Family Property, Copenhagen 1934, s. 63. **Ayiter,** Elbirliği, s. 30. Öte yandan, Gellius'un *inseparabilis societas* nitelemesi, kavramın hukuki boyutunu değil; daha ziyade sosyolojik boyutunu ifade etmektedir. **Maschi,** Disertiones, s. 5; **Evangelisti,** Societas, s. 203. Gerçekten, Gellius'un kullandığı *inseparabilis* kavramının teknik bir değeri bulunmamaktadır, genel olarak sıkı ilişkiye dayanan bir ortaklığın bölünmezliğinden bahsedilmesi söz konusudur. **Noctes Atticae I.9.12:** “*Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium quod iure atque verbo Romano appellabatur ercto non cito.*”. “Fakat şu durum da gözden kaçırılmamalıdır, Pisagor tarafından müritlerin oluşturduğu birliğe kabul edilir edilmez herkes sahip olduğu bütün para ve malvarlığını ortak kullanıma tahsis ederdi ve Roma hukuk dilinde ‘ercto non cito’ olarak adlandırılan eski *consortium* gibi bir **bölünmez ortaklık** oluşturulurdu.” Çeviri için bkz. **Atak,** s. 21; **Bannon,** s. 23. Öte yandan, Gellius'a ait metin, *consortium*'un bölünmezliğini savunan doktrinin güçlü dayanaklarından biridir. **Evangelisti,** Consortium; **Maschi,** Disertiones, s. 5. Ayrıca, Pisagor'un takipçileri tarafından oluşturulan

İlgili metinlerin yer aldığı parşömenler, 1933 yılında Kahire'deki bir satıcıdan, papirolog Medea Norsa tarafından satın alınmıştır. Medea Norsa, hukuki niteliklerini fark ederek o dönemde Kahire'de Roma hukuku dersleri veren Vincenzo Arangio-Ruiz'e metinleri göstermiştir. Arangio-Ruiz söz konusu metinlerin daha önce Verona'da bulunan Gaius'un *Institutiones*'inde mevcut olmayan parçalar ihtiva ettiğini fark etmiştir¹¹⁶. Sonrasında söz konusu metinleri inceleyip yayımlamış; ardından yeniden düzenlemiştir¹¹⁷.

Metinlerin keşfi, Romanistler tarafından büyük bir ilgiyle karşılanmıştır. Metinlerin yayımlanmasıyla birlikte *consortium ercto non cito* kurumuna ve bu bağlamda Roma hukukunun arkaik dönemlerine ilişkin gerek miras ortaklığının gerek *societas*'ın yapısına ilişkin kapsamlı bir literatür ortaya çıkmıştır. Bu hususta yapılan tartışmalar araştırmacıları uzun süre meşgul etmiştir¹¹⁸.

birlik ile Roma'daki *consortium*'un oluşma biçimi ve amaç bakımından farklı olduğu anlaşılmaktadır. **Maschi**, *Disertiones*, s. 6. *Consortium* kurumunun ele alındığı başka bir edebi kaynak Genç Plinius'un *Epistulae* (Mektuplar) eseridir. *Epistulae* VIII.18'de bahsi geçen kurumun *consortium* niteliği, *Noctes Atticae*'da olduğu gibi tartışmalıdır. Bu hususta bkz. **Tellegen, J. W.**: "Was There a Consortium in Pliny's Letter VIII 18?" RIDA (1980), C. 27, Sa. 3, s. 295-312; **Bretone, M.**: "Consortium e Communio", LABEO (1960), C. 6, s. 163-215, s. 212 vd.

¹¹⁵ **Bretone**, *Consortium*, s. 168; **Westrup**, *Joint Family*, s. 63; **Diosdi**, s. 44.

¹¹⁶ **Evangelisti**, *Societas*, s. 200; **Frezza**, *Gaio*, s. 46; **Atak**, s. 20.

¹¹⁷ **Arangio-Ruiz, V.**: "Il Nuovo Gaio Discussioni e Revisioni", B.I.D.R. 'Vittorio Scialoja' Nuova Serie (1934), C. 1, Sa. 42, s. 571-624.

¹¹⁸ **Franciosi, A.**: "Legitima Simul et Naturalis Societas. Sull'antico Legame tra Heredium e Consortium", TSDP Rivista Internazionale Online (2019), Sa. 12, s. 1-36, s. 21; **Evangelisti**,

Gaius'un *Intitutiones*'inin 3. kitabının 154. ve 155. fasılları arasına eklenen metinleri inceleyelim:

Gai. Inst. 3.154a

“Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare dicimus.”

Ancak Roma vatandaşlarına özgü başka bir ortaklık türü daha vardır. Uzun zaman önce, bir *pater familias*'ın ölümü üzerine,

Societas, s. 197. Türkiye'deki Romanistler de yeni metinlerin bulunmasıyla yakından ilgilenmiştir. Bu hususta bkz. **Talip, Ş:** “Haberler” Capitoliwm, Roma Hukuku ve Tarihi Tetkikleri, Romanorum Ivris et Historiae Commentaria, (Ocak 1935), Yıl. I, Sa. 3, s. 199-210, s. 201-202: “(...) Bu yılın şubat ayında, Kahire’de bir antikacı tarafından. Madam Medea Norsa’ya deri üzerine yazılmış bir kitabın on kadar yüzü gösterilmiştir. Bu kitap Latince olarak yazılmıştır. IV. veya V. asra ait olan bir el, yazıda güzel işaretler ve bazı kısaltmalar yapmıştır. Satırlar arasında veya eserin kenarlarında Yunanca bazı şerhler, tetkikler de mevcuttur. Madam Norsa bunun hukuki bir eser olduğunu anladı ve (bu daha güçtür) bunun Corpus’a ait olmadığını sezdi ve Kahire’de Roma hukuku okutan meşhur İtalyan hukukçusu Vincenzo Arangio Ruiz’i yardıma çağırdı. Arangio, Gaius’u ezbere bildiğinden metni derhâl tanıdı; bundan başka bu parçaların Verona Gaius’unda o güne dek bilinmeyen bazı kısımları ihtiva ettiğinin de farkına vardı. Bu parçalar Firenze’de ‘Papirüs Kağıtlarını Araştırma Cemiyeti’ tarafından satın alındı ve şimdi Arangio tarafından aynı Cemiyetin pubblicazioni’inde bulunduğundan sekiz ay sonra neşrediliyorlar. (...)”

sui heredes arasında *ercto non cito*, yani bölünmemiş mülkiyet olarak adlandırılan, kanuni ve tabii bir tür ortaklık vardı: nitekim *erctum* mülkiyet anlamına gelmekteydi, bu nedenle malike *erus* denmekteydi: *ciere* ise bölmek demekti, buradan *caedere* ve *secare*'yi türetmekteyiz.

Gai. Inst. 3.154b

“Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum ceterorumue, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod uel unus ex sociis communem seruuum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat.”

Aynı türden bir ortaklık kurmak isteyen diğer kişiler de bunu *praetor* önünde belirli bir *legis actio* ile gerçekleştirebilmekteydi. Bu ortaklık biçiminde hem kardeşler arasında hem kardeşler arasındakinin bir örneği biçiminde ortaklık kurmak isteyen diğer kişiler arasında, şu özellik vardı ki, ortaklardan biri bile ortak köleyi azat ederek onu ortakların tümü için özgür kılmaktaydı ve ortakların tümüne azatlı kazandırmaktaydı: benzer şekilde ortaklardan birinin ortak malı *mancipatio* ile devretmesi, o malı devralanın yapmaktaydı.

Metinlerden anlaşıldığı üzere Gaius, arkaik Roma’da iki tür ortaklıktan bahsetmektedir. Buna göre Roma vatandaşı olan *sui heredes* kardeşler arasındaki *consortium ercto non cito* (*societas fratrum suorum*) ile kardeş olmayanlar tarafından, *sui heredes* arasındaki ortaklık biçimi örnek alınarak oluşturulan *consortium* (*societas ceterorum qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint*¹¹⁹) şeklinde iki tür mevcuttur.

Gaius, *consortium ercto non cito*’nun *societas*’ın ilk şekli olduğunu belirtmektedir. Kavram Roma’nın arkaik dönemlerinde uygulandığı için Gaius dahi *consortium*, *ercto* ve *cito* kelimelerinin etimolojisini açıklama ihtiyacı hissetmiştir¹²⁰.

Gaius’a göre *ercto*, *pater familias*’tan *sui heredes*’e kalan malvarlığını ifade etmektedir. *Cito* kavramı *ciere*’ye dayanmaktadır ve bölmek, taksim etmek veya paylaşmak gibi anlamlara karşılık gelmektedir. *Non* kelimesi ise olumsuzluk anlamı vermektedir. Bu bakımdan *consortium ercto non cito* en yalın şekliyle bölünmemiş malvarlığını ifade etmektedir¹²¹.

¹¹⁹ **Evangelisti**, *Societas*, s. 201; **Frezza, P.**: “L’istituzione della Collegialità in Diritto Romano”, *Studi in Onore di Siro Solazzi nel Cinquantesimo Anniversario del suo Insegnamento Universitario*, Napoli 1948, s. 507-541, s. 529-530; **Onida**, *Fraternitas*; **Watson**, s. 431. Bu tip ortaklık için doktrinde yapay, atipik veya seçimlik *consortium* kavramları önerilmiştir. **Atak**, s. 34.

¹²⁰ Kavramlara ilişkin Gaius tarafından yapılan etimolojik açıklamaların doğru olmadığı düşünülmektedir. **Evangelisti**, *Consortium*; **Atak**, s. 24; **Gönenç**, *Societas*, s. 8.

¹²¹ **Gönenç**, *Societas*, s. 8. **Şener**, s. 702. *Citum* kelimesinin *divisum* olarak anlaşılmaması gerektiği, aksi durumda bölünmemiş malvarlığını ifade eden *erctum* ile *citum* kelimelerinin birlikte kullanılmasının tekrara yol açtığı belirtilmektedir. Bunun yerine *citum*’un harekete

Gaius bahsi geçen ilk türdeki ortaklığın Roma vatandaşlarına özgü, hukuki ve tabii bir ortaklık olduğunu belirtmektedir. Tabiidir, zira *pater familias*'ın ölümü gibi doğal bir hukuki olay ile başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkmaktadır¹²². Roma geleneklerine dayalı bu kurum, sonrasında *ipso iure* kabul edilmiş ve hukuk kuralı hâline getirilmiş olmalıdır¹²³.

Öte yandan metinde belirtildiği üzere, bahsi geçen ikinci tür *consortium* vasıtasıyla kardeş olmayan kişiler arasında da ilk türdekine benzer bir ortaklık

geçirmek anlamına geldiği ifade edilmektedir. Böylelikle harekete geçirilmemiş veya talep edilmemiş bölünme anlamına geldiği vurgulanmaktadır. Bundan başka, *consortium* kelimesi içinde geçen *sors* kavramının kader, alın yazısı, şans gibi anlamlar taşıdığı da vurgulanmaktadır. Bu bakımdan, *consortium*'un bir anlamda kaderin sebep olduğu miras ortaklığını çağrıştırdığı da düşünülmektedir. *Consortium*'un üyeleri böylece ortak bir kader ile birbirlerine bağlanmaktadır. Elbette burada bahsedilen Gaius'un kardeşler arasında kurulduğunu ifade ettiği *consortium*'dur. Nitekim kardeş olmayanlar arasındaki *consortium*'u ortaklar kendi iradeleriyle kurmaktadır. **Evangelisti**, Consortium. Benzer doğrultuda bkz. **Bannon**, s. 20; **Atak**, s. 28.

¹²² **Bretone**, Consortium, s. 174; **Evangelisti**, Societas, s. 204; **Franciosi**, s. 22; **Arangio-Ruiz**, V.: La Società in Diritto Romano, Napoli 1950, s. 7.

¹²³ Arkaik dönemin gelenekleri tarafından geliştirilen *naturalis societas*, daha sonra yazılı hukuka tabi olmuştur. Bu nedenle Gaius tarafından *legitima* olduğu belirtilmiş olmalıdır. Nitekim XII Levha Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce *consortium*'un Roma toplumunda uygulandığı kabul edilmektedir. Zira XII Levha Kanunu'nda bu tip ortaklıklarda ortaklığın giderilmesine ilişkin davalar öngörülmüştür. **Franciosi**, s. 22.

kurulabilmektedir. Kardeş olmayan kişilerin bu tipte bir *consortium* oluşturmalarının ise *praetor* huzurunda *legis actio*¹²⁴ yoluyla mümkün olduğu metinde belirtilmektedir¹²⁵.

C. Sosyal ve Ekonomik Alanda *Consortium Ercto Non Cito*

Önemle belirtmek gerekir ki Roma hukukunun arkaik dönemlerinde *societas* (adi ortaklık) bilinmemektedir. Bununla birlikte, Gaius, *consortium ercto non cito*'yu “*erat legitima et naturalis societas*” (hukuki ve tabii bir ortaklık idi) şeklinde tanımlamaktadır. Gaius'un burada kullandığı *societas* kavramının teknik ve hukuki bir karşılığının bulunmadığı düşünülmektedir¹²⁶. Nitekim burada geçen *societas* kavramını, Roma hukukunda rızaî bir sözleşme olan adi ortaklık olarak değil; bir tür ortaklık veya birlik olarak düşünmek gerekmektedir.

¹²⁴ *Legis actio*, Roma'nın en eski yargılama usûlüdür. Tarihi XII Levha Kanunu'nun yürürlüğünden önceye, Krallık Dönemi'nin ortalarına kadar uzanmaktadır. *Legis actio* kavramında geçen *legis* kelimesinin, kanunlar vasıtasıyla değil de kanun gibi değiştirilemeyen, taraflarca belirli bir ritüel çerçevesinde bazı kelimelerin sözlü olarak ifade edilmesine; *actio* kelimesinin ise uyumsuzluk durumunda açılacak davanın belirli şekilleri ihtiva etmesine işaret ettiği belirtilmektedir. Bu bakımdan *legis actio*, değiştirilmesi mümkün olmayan bazı sözlerin söylendiği, belli şekillere bağlı dava kalıpları anlamına gelmektedir. Yalnızca Roma vatandaşlarına özgü olan bu usûlde, beş tip *legis actio* bulunmaktadır. Bunlardan üçü hukuki sorunun çözümüne; ikisi yargılama sonucunda elde edilen hükmün icrasına hizmet etmektedir. Söğütü, s. 182-183.

¹²⁵ **Frezza, P:** “L’istituzione della Collegialità in Diritto Romano”, Studi in Onore di Siro Solazzi nel Cinquantesimo Anniversario del suo Insegnamento Universitario, Napoli 1948, s. 507-541, s. 530; **De Martino**, s. 44; **Atak**, s. 27; **Gönenç**, Societas, s. 13-14.

¹²⁶ **Maschi**, Disertiones, s. 31; **Evangelisti**, Societas, s. 203.

Consortium ercto non cito, bir çeşit *societas* olarak nitelendirilemez. Zira Roma hukukunda *societas* rızaya dayalı bir sözleşmedir ve aşağıda izah edildiği üzere, Roma hukukundaki gelişimi farklı bir seyir izlemiştir. Öyle ki tarafların rızalarının uyuşması *societas*'ın varlığı için yeterlidir. Dikkat edileceği üzere, Gaius, *consortium ercto non cito*'nun belirli bir *legis actio* ile kurulması gerektiğini belirtmiştir¹²⁷.

Gaius'un "*erat legitima et naturalis societas*" nitelendirmesinin nedeni, *ius gentium*'a göre yapılandırılan rızâ *societas* ve türleri ile *ius civile*'den doğan *consortium ercto non cito* arasındaki karşıtlıktan bahsetmek ve iki kurum arasındaki tarihsel ilişkiyi vurgulamak istemesinden kaynaklanmış olmalıdır¹²⁸.

Consortium ercto non cito kurumu, arkaik Roma'nın ekonomik ve sosyal yapısına göre şekillenmiş tabii bir kurumdur. Nitekim aile birliğinin devamlılığının sağlanması ve zayıflamasının önlenmesi adına, *consortium ercto non cito*'nun kurulması ve sürdürülmesi, ekonomik ve sosyal alanda farklı işlevlere sahipti¹²⁹.

Consortium ercto non cito kurumu, geçim ekonomisi tarıma dayanan bir topluluk için elverişliydi¹³⁰. Söz konusu kurumun bileşenleri, *pater familias*'ın egemenliğine tabi ve birlikte yaşayıp üreten ve ihtiyaçlarını birlikte karşılayan dayanışmacı bir grup insandan oluşmaktaydı¹³¹.

¹²⁷ **Bretone**, Consortium, s. 175.

¹²⁸ **Bretone**, Consortium, s. 169, 173; **Maschi**, Disertiones, s. 23; **Frezza**, Collegialità, s. 530.

¹²⁹ **Maschi**, Disertiones, s. 57-58. **Evangelisti**, Societas, s. 200.

¹³⁰ **Arangio-Ruiz**, Società, s. 19.

¹³¹ **Franciosi**, s. 32.

Pater familias'ın ölümünden sonra, en azından onun varlığında sahip oldukları yaşam standardını sürdürme ideali, *consortium* ortaklarını *heredium*¹³²,un bölünmezliğini tercih etmeye ve mevcut yapıyı sürdürmeye zorlamış olmalıydı¹³³. Bu bakımdan Roma ailesi, kardeşler arasında kurulan *consortium ercto non cito* kurumunun temeli olan *heredium* kurumu ile gelişmekteydi¹³⁴. Kurum, Roma ailesini, aileye dışarıdan bir yabancıнын dahil olması ve aile malvarlığına ortak olması tehlikesi karşısında korumaktaydı¹³⁵.

Consortium ercto non cito, mirasçılarının *centuria* sistemi içindeki sosyal ve siyasi konumlarına zarar vermeden, mirasın paylaşılmasına kadar geçici, fakat son derece işlevsel bir yapıydı¹³⁶. Roma'da arkaik dönemde malvarlığının bölünmeden mülkiyet birliğinin devam ettirilmesi, sosyal hayatta bir gerekliliktir. Gerçekten Roma ailesinin bağlı olduğu sınıf, ailenin servetine göre belirlenmekteydi. Kardeşler, babalarının mirasını paylaşmaya karar verdikleri takdirde, kaçınılmaz olarak daha düşük bir sınıfa

¹³² *Heredium*, Roma'nın kuruluşuna denk gelen zamanlarda, aile babalarına tahsis edilen yer anlamına gelmekteydi. Tahmin edildiği üzere her biri yaklaşık iki *iugerum* (yarım hektar) genişliğindeydi ve bahçe içinde bir ev ile hayvan otlatılabilecek araziden ibaretti. Söz konusu arazinin satılması veya bölünmesi kabul edilmemektedir; ancak bölünmeksizin mirasçılara intikali mümkündür. **Umur**, Lügat, s. 81.

¹³³ **Franciosi**, s. 16; **Arangio-Ruiz**, Società, s. 7.

¹³⁴ Gerçekten *heredium* hem nüfus sayımlarıyla belirlenen aile servetinin temel bir parçasını teşkil etmekteydi hem aileye taşınmaz desteği sağlamaktaydı. **Franciosi**, s. 16, 20.

¹³⁵ **Evangelisti**, ius adcrendi; **Franciosi**, s. 31.

¹³⁶ **Franciosi**, s. 17; **Maschi**, Disertiones, s. 26.

tain edileceklerinin farkındalardı. *Centuria* sistemine¹³⁷ göre alt sınıfta yer alabilme ihtimali ortakları, malvarlığı konusunda birlik olmaya yöneltmiş olmalıydı¹³⁸.

¹³⁷ Sistemin Kral *Servius Tullius* zamanında oluşturulduğu rivayet edilmekle birlikte, esasen Cumhuriyet Dönemi'nde faaliyete geçtiği düşünülmektedir. Muhtelif *tribus*'lara ve vatandaşların servetlerine göre *Populus*, önce 193 sonra 194 *centuria*'ya ayrılmıştı. Vatandaşların hangi *centuria*'ya dahil olacakları, beş senede bir yapılan *census* (nüfus sayımı) listelerine göre belirlenmekteydi. Daha ziyade askeri ve mali örgütlenmeyi yansıtan *centuria*'lar, meclis vazifesi görmekteydi. **Umur**, Lügat, s. 36. *Centuria*'nın birinci sınıfının önünde *gens*'in eski mensuplarından oluşan şövalye sınıfı bulunmaktaydı. Bu sınıfa dahil olanlar en az yüz bin *as* değerinde servete sahipti ve 18 *centuria* atlı asker çıkarmak zorundaydı. Birinci sınıftakiler yüz bin veya daha fazla *as* değerinde servete sahipti ve 80 *centuria* asker çıkarmak zorundaydı. 20 *centuria* asker çıkarma yükümlülüğü olan ikinci sınıf, yüz bin ile yetmiş beş bin *as* değerinde servete; üçüncü sınıf, elli bin *as* değerinde servete; dördüncü sınıf ise yirmi beş bin *as* değerinde servete sahip olanlardan oluşmaktaydı. Beşinci sınıf ise on bir bin *as* değerinde servete sahip olanlardan oluşmaktaydı. Son olarak, herhangi bir taşınmazı olmadığı hâlde, taşınırları nedeniyle vergi verenlerin olduğu 4 *centuria* daha bulunmaktaydı. Ayrıca toprak sahibi olmayan *proletarii* sınıfına da bir *centuria* verilmişti. **Söğütü Erişgin, Ö.:** Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 2017, s. 36-37. *Servius Tullius*'a atfedilen reformun, *consortium*'a *legitima* özelliğini verdiği görüşü hakkında bkz. **Franciosi**, s. 23-25. Roma'da ilk *census* (nüfus sayımı) *Servius Tullius* zamanında yapılmıştı ve kadınlar ile çocukların göz ardı edildiği bu seçimde, 80.000 kişi kayıt altına alınmıştı. *Tullius*'un bahsi geçen reformu sonucunda mülkiyet, Roma'nın siyasi ve askeri örgütlenmesinin temeli hâline gelmişti. Vatandaşın ödemesi gereken *tributum* (servet vergisi)'un ve orduya katılacak askerlerin sayısının hesaplanması, böylelikle düzenli aralıklarla *census* uygulamasını zorunlu kılmıştı. **Özer Sarıtaş, D.:** "Antik Roma'da Nüfus Sayımı (Census)", Arkeoloji ve Sanat Dergisi (2010), Sa. 134, s. 83-88, s. 84.

Consortium ercto non cito'nun, kendi içinde çok merkezli, dışarıya karşı üniter yapısı, Roma ailesi ve *gens* arasındaki ideal bağ olarak yorumlanmasına sebep olmaktadır. Böylelikle *consortium ercto non cito* kurumu, aile birliğinin dağılmasının önlenmesine ve sürekliliğinin sağlanmasına ilişkin çeşitli pratik çıkarlara dayanan patriarkal bir yapı olarak kendini göstermektedir. Bu hâliyle, aile babası tarafından yönetilen Roma ailesinin olmazsa olmaz bir ön koşulu mahiyetindedir¹³⁹.

Bu kapsamda Roma ailesi ve *consortium* arasındaki ilişkiyi izah etmekte fayda vardır.

Roma ailesi, günümüzden farklı olarak iki farklı kapsamda ele alınabilmektedir. *Familia communi iure* (geniş anlamda aile) ortak bir soydan gelenlerin oluşturduğu bir topluluktur. Bu topluluk aynı *nomen gentilium* (soyadı)'u taşıyan *gens*'lerdir. Ailenin başkanı konumundaki *pater familias*'ın ölmesiyle aile, erkek evlat sayısınca yeni ailelere bölünmektedir. Bu durum *familia proprio iure* (dar anlamda aile) olarak

¹³⁸ **Franciosi**, s. 23; **Arangio-Ruiz**, Società, s. 7.

¹³⁹ **Evangelisti**, Societas, s. 200; **Franciosi**, s. 16; **Westrup**, Joint Family, s. 63; **Diosdi**, s. 43.

adlandırılmaktadır¹⁴⁰. Esasen *familia proprio iure* ile *consortium erto non cito* arasında sıkı bir ilişki mevcuttur¹⁴¹.

Roma ailesi, aile babası egemenliğinde gelişen ekonomik birliği ifade etmekteydi ve birbirlerine tabii ve hukuki bağlarla bağlanmış kişilerin yanında köle ve hayvan gibi taşınır mallara ek olarak taşınmaz malları da kapsayan geniş bir örgütlenme şekliydi¹⁴². Nitekim Roma’da aile üyeleri, tarımsal faaliyetin ve bu kapsamda bir iş ortaklığının üyeleri idi. Aile babası önderliğinde yürütülen iş birliği ve faaliyet, ailenin tüm üyelerini birbirine bağlamaktaydı. Söz konusu yapı, aile babasının mutlak hâkimiyeti ve hâkimiyet altında bulunan bireylerin hukuki ehliyetsizlikleri çevresinde şekillenmekteydi¹⁴³.

¹⁴⁰ **Koschaker/Ayiter**, s. 300; **Di Marzo, S. (Çev. Umur, Z.):** Roma Hukuku, İstanbul 1959, s. 153-154. *Familia communi iure* (geniş anlamda aile) tanımı için bkz. **D. 50.16.195.2 (Ulpianus libro 46 ad edictum):** “(...) *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*” “Aile, aileye mensup olan baba egemenliğine dayanan kişilerin (*agnatio* hısımlığı), kendi aileleri olmasına rağmen, tek bir aile babasına hukuken bağlı olmaları nedeniyle bir araya getirdikleri topluluktur.” **Güneş Ceylan, S.:** Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2008, s. 27.

¹⁴¹ **Evangelisti**, ius ad crescendi; **Franciosi**, s. 33-34.

¹⁴² **Pugliese, G. (Çev.: Umur, Z.):** “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, İÜHFM (1957), C. 22, Sa. 1-4, s. 339-349, s. 341; **Gönenç, F.:** Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s. 37.

¹⁴³ **Pugliese**, s. 339-341; **Ayiter, K.:** Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 50. *Pater familias*’ın *alieni iuris*’ler üzerindeki yetkisi *potestas*; kadınlar üzerindeki hâkimiyeti *manus*; köleler üzerindeki gücü ise *dominium* kavramıyla ifade edilmekteydi. **Güneş Ceylan, S.:** Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 33.

Ailede *sui iuris* kabul edilen tek kişi aile babası olduğu için aile üyeleri üzerinde gerek kişisel gerek malvarlığına yönelik her türlü hakka ve yetkiye de o sahipti¹⁴⁴. Dolayısıyla burada kolektif bir mülkiyet anlayışından bahsetmek bir açıdan doğru olmamaktadır. Zira her şeyin tek sahibi aile babasıdır. Mülkiyet üzerindeki aile temelli kolektif anlayış, aile babası yaşadığı müddetçe bir açıdan geçerli değildir. O hâlde söz konusu aşama bakımından mülkiyetin bireyci karakterinden bahsedebilmek yanlış olmayacaktır¹⁴⁵.

Aile temelinde inşa edilen ekonomik yapı kadar, Roma'daki inanç sistemi de *consortium ercto non cito*'nun gelişiminde önem arz etmekteydi. Hayatlarını sürdürebilmek amacıyla güç birliği yapmanın ötesinde, aile üyeleri *domus*¹⁴⁶ (hane) tanrılarına ve ailenin atalarına ibadet etmek için bir arada yaşamaktalardı. Nitekim aile babasının ölümünden sonra *sui heredes*'in sadece maddi mallara ilişkin değil, aynı

¹⁴⁴ **Lévy-Bruhl, H. (Çev.: Nail, H.):** “Eski Roma Aile Hukukunda İki Cereyan”, İÜHFM (1940), C. 6, Sa. 1, s. 146-155, s. 147; **Johnstan, D.:** Roman Law in Context, Cambridge 2004, s. 30 vd.; **Schulz, F.:** Principles of Roman Law, Oxford 1936, s. 166.

¹⁴⁵ Bu tartışmalı görüş için bkz. **Lévy-Bruhl**, s. 147.

¹⁴⁶ *Domus* kavramı, *familia* kavramı gibi geniş bir kapsama sahiptir. Fiziki anlamda “ev” kavramına karşılık gelmekle birlikte, aile üyeleri yanında kölelerden oluşan hane halkı, *agnatio* ve *cognatio* hısımlığını kapsayan geniş akrabalık ilişkisi ve malvarlığı gibi çeşitli anlamlara gelmektedir. **Saller, R. P.:** Patriarchy, Property and Death in the Roman Family, Cambridge 2004, s. 80. Ayrıca *domus*, olağan bir ev kavramının ötesinde ailenin, ataların ve evi himaye eden ilahların ikametgahı, sevgi ve ümitlerin mabedi kabul edilmektedir. **Paribeni, R. (Çev.: Talip, Ş.):** “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, İÜHFM (1935), C. 1, Sa. 3, s. 373-388, s. 375.

zamanda *res extra patrimonium*¹⁴⁷ niteliğindeki *sacra familiaria*¹⁴⁸ için bir arada olmaları önem arz etmekteydi¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Res extra patrimonium* veya *res extra commercium* statüsündeki mallar üzerinde aynî hak tesis edilemezdi. Bu sınıflandırma kapsamında ya *res divini iuris* (ilahi hukuk kaynaklı mal) ya *res humani iuris* (beşerî hukuk kaynaklı mal) gibi malların aynî hakkın konusunu oluşturamayacağı düzenlenmişti. Bkz. **D. 18.1.6 pr. (Pomponius libro nono ad Sabinum):** “*Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est Campus Martius.*” **D. 18.1.34.1 (Paulus libro 33 ad edictum):** “*Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*”

¹⁴⁸ Bir *familia* (aile)’ya özgü ibadet ve ayin şeklidir. **Umur**, Lügat, s. 186.

¹⁴⁹ *Sacra familiaria* ve *consortium* ilişkisi hakkında bkz. **Bretone**, Consortium, s. 166. Gerçekten *sui heredes*, aile kültü ve mezarları bakımından ailenin korunması için birtakım yükümlülöklere sahipti ve söz konusu yükümlölöklöer ailenin nesiller boyunca sürdürölmesinin öneminin yansıtmaktaydı. Ayrıca defin uygulamaları da aile birliğıinin öneminin yansıtmaktaydı. Biri aile üyeleri için (*familiaria sepulchra*), diğeri genel anlamda tüm mirasçılar için (*hereditaria sepulchra*) farklı mezar tipleri mevcuttu. Ölen kişinin çocukları, *sui heredes* olarak, mirasçı olsun ya da olmasın, mirasbırakan açıkça yasaklamadığı sürece her iki tür mezara da defnedilme hakkına sahipti. Aile mezarının bulunduğıu arazinin bölünmezliğı *sui heredes* arasındaki mülkiyet birliğini sembolize etmekteydi. *Consortium* ise bu sürekliliğı ifade etmenin başka bir yoluydu. **Bannon**, s. 27. Aile babasının ayinlere katılarak aile kültünü yönetmek suretiyle ailenin manevi temelini güçlendirmesi ve aile içi uyumu sürdürmesi hakkında ayrıca bkz. **Evangelisti**, Societas, s. 199.

D. *Consortium Ercto Non Cito*'da Yönetim İşleri ve Tasarruf

Gaius'un *consortium ercto non cito*'da yönetim rejimini *manumissio*¹⁵⁰ ve *mancipatio*¹⁵¹ üzerinden iki örnekle açıkladığı, yukarıda bahsi geçen metinlerden anlaşılmaktadır. *Consortium ercto non cito*'da ortaklardan birinin ortaklığa ait bir köleyi *manumissio* ile azat etmesiyle kölenin tüm ortaklar için azatlı statüsü elde etmesi¹⁵² ile ortağın *mancipatio* yoluyla ortaklığa ait bir malı tek başına devredebilmesi dikkat çekicidir¹⁵³. Mala ilişkin böylesine önemli tasarruf işlemlerinin, bir ortak tarafından tek başına gerçekleştirilebilmesi, çeşitli hukuki sorunları beraberinde getirebilmektedir.

Metinlerden anlaşıldığı kadarıyla herhangi bir ortak, mal üzerinde tek başına tasarruf yetkisini kullanabilmekteydi¹⁵⁴.

Consortium'un iki türünde yönetim rejimi bakımından bir paralellik söz konusudur. Zira *consortium*'un iki türünde de ortaklardan biri, *mancipatio* ve *manumissio*

¹⁵⁰ *Manumissio*, *manus* (el) ile *mittere* (serbest bırakmak) kelimelerinden türetilmiş bir kavramdır.

Efendinin kölesini azat etmesine ilişkin hukuki işlemdir. Bu şekilde köle, *libertus* (azatlı) statüsüne gelmektedir. Köleyi azat eden eski efendi ise azatlının *patronus*'u olmaktadır. **Umur**, Lügat, s. 130-131.

¹⁵¹ *Mancipatio*, bir maden külçesi ve teraziyle gerçekleştirilen mülkiyetin devrini sağlayan bir işlemdir. *Mancipatio* ile bir malın mülkiyetinin devrinin sağlanabilmesi için malı devreden, malı devralan, terazi tutan ve beş ergin Roma vatandaşının tanıklığında toplamda sekiz kişinin huzurda bulunması gerekmektedir. **Erdoğan**, Eşya, s. 59; **Söğütü**, s. 688.

¹⁵² **Maschi**, C. A.: "Sull'Origine del Regime Giustiniano della 'Manumissio' del Servo Comune", Studi in Memoria di Aldo Albertoni, Padova 1937, s. 421-448, s. 428; **Maschi**, Disertiones, s. 24.

¹⁵³ **Diosdi**, s. 45; **Arangio-Ruiz**, Società, s. 11; **Kaser**, s. 123.

¹⁵⁴ **Westrup**, Patria Potestas, s. 271-272; **Onida**, Fraternitas; **Bannon**, s. 15.

gibi işlemleri tek başına gerçekleştirebilmektedir. Böylesine önemli iki işlem bakımından Gaius iki tür *consortium* açısından rejimlerin özdeşliğini vurgulamaktadır¹⁵⁵.

Consortium ercto non cito, bazı hukukçular tarafından elbirliği mülkiyeti ile ilişkilendirilmiştir. Bununla birlikte, *consortium ercto non cito* ortaklarının *manumissio* ve *mancipatio* gibi önemli hukuki işlemleri tek başına yapabilmesi, esasen kavramın kendine özgü karakterini ortaya koymaktadır¹⁵⁶. *Consortium ercto non cito*'nun bu yapısı, kurumun benzersiz bir nitelik kazanmasını sağlamıştır ve bazı özellikleri, birlikte mülkiyetin sonradan ortaya çıkacak biçimleri içinde bir dereceye kadar korunmuştur¹⁵⁷.

Consortium ercto non cito hakkında Gaius tarafından ortaya konulan yönetim rejimi, çağdaş hukukta elbirliği mülkiyetine ilişkin kurallar ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla kurumu, kendi tarihsel gelişimi ve ait olduğu hukuk kültürü bağlamında ele almak gerekmektedir¹⁵⁸.

Doktrinde bazı yazarlar, *consortium*'da bir ortağın böylesine önemli hukuki işlemleri tek başına yapabilmesini gerekçelendirmeye çalışmışlardır. Gaius'un ortaklardan birini ifade etmek için kullandığı “*unus*” kelimesinin, *consortium ercto non cito*'daki herhangi bir ortak değil, ortaklığın lideri veya yöneticisi konumunda olan ve ortaklar tarafından yetki verilmiş bir kişi, örneğin en büyük kardeş, anlamına geldiğini vurgulayan yazarlar bulunmaktadır. Bununla birlikte, doktrinde çoğunluğun görüşü, ortaklardan herhangi birinin bahsi geçen işlemleri yapmaya yetkili olduğu yönündedir¹⁵⁹.

¹⁵⁵ **Maschi**, *Disertiones*, s. 24.

¹⁵⁶ **Gönenç**, *Societas*, s. 11; **Atak**, s. 28-29.

¹⁵⁷ **Evangelisti**, *Societas*, s. 203-204.

¹⁵⁸ **Bretone**, *Consortium*, s. 177.

¹⁵⁹ **Bretone**, *Consortium*, s. 182; **Arangio-Ruiz**, *Società*, s. 11; **Diosdi**, s. 45.

Ayrıca Gaius’a ait metinlerde yer almamakla birlikte, *consortium ercto non cito*’da bir ortağın başka bir ortağın işlemlerine itiraz ederek söz konusu işlemin yapılmasını engellemeye yönelik bir kuralın, bu bağlamda da yapı içerisinde yönetim işleri bakımından ortaklar arasında bir kontrol mekanizmasının mevcut olup olmadığı da doktrinde ayrıca tartışılmıştır.

Kaynaklarda açıkça ifade edilmese de *consortium ercto non cito*’da muhalif ortağın veya ortakların menfaatlerini koruyacak bir çeşit kontrol mekanizmasının varlığı akla uygun görünmektedir¹⁶⁰. Nitekim bazı yazarlar, yukarıda ele alınan Gaius’a ait metinlerde, bir ortağın başka bir ortağın işlemlerini önleyebilmesine olanak sağlayan *ius prohibendi* (engelleme hakkı)’den¹⁶¹ bahsedilmemesini şaşkınlıkla karşılamışlardır; hatta bazıları metinlerde eksiklik olduğunu iddia etmiştir¹⁶². Mevcut kaynaklar açık olduğu için, söz konusu görüşler fazla taraftar bulamamıştır. Biz de *consortium ercto non cito*’da *ius prohibendi* kurumunun varlığına ilişkin tartışmaları spekülatif bulmaktayız.

Manumissio açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, *consortium ercto non cito*’da bir ortak tarafından kölenin azat edilmesiyle, azatlı statüsünü elde eden kölenin

¹⁶⁰ **Evangelisti, M.:** “Riflessioni sulla Natura e L’evoluzione del Ius Prohibendi”, KOINΩNIA, Rivista dell’Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi (2017), Sa. 41, s. 423-448, s. 428; **Westrup,** Patria Potestas, s. 273; **Lévy-Bruhl,** s. 153; **Maschi,** Servo, s. 428; **Onida,** Fraternitas; **Kaser,** s. 123; **Karadeniz Çelebican,** Eşya Hukuku, s. 142; **Gönenç,** Societas, s. 12-13; **Atak,** s. 30-31.

¹⁶¹ *Ius prohibendi* kavramı, aşağıda ayrıca ele alınmaktadır. Bkz. Üçüncü Bölüm’de *Res Communis’in Yönetimi Bakımından Ius Prohibendi Kavramı* başlığı

¹⁶² **Diosdi,** s. 45.

bundan sonra elde edeceği kazançların zaten *consortium*'a ait olması önemli bir husustur. Bu durumda *ius prohibendi* gibi bir kuruma esasen ihtiyaç olmadığını söyleyebiliriz¹⁶³.

Öte yandan, *consortium*'un *fraternitas* (kardeşlik) bağı ile birbirlerine sıkı sıkıya bağlı ortaklarının, birbirlerinin eylemlerini rahatlıkla kontrol edebilir durumda olması muhtemeldi. Bu nedenle *mancipatio* gibi işlemlerin suistimale açık olmadığını da kabul edebiliriz¹⁶⁴.

Gerçekten, *consortium* kurumunun hem aile hem miras hukukundaki işlevi ve amacı dikkate alındığında, kurumun ortaklarını bir arada tutan temel unsurun, sıkı bir güven ilişkisi yaratan *fraternitas* bağı olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁵. Dolayısıyla *consortium*'da tek bir ortağın yetkilendirilmesi gibi kurumlara esasen ihtiyaç duyulmadığı düşüncesindeyiz. Hukukun, Roma ailesinin iç ilişkilerine müdahale etmekten kaçınması da bu durumun izahına ek bir gerekçe olarak sunulabilir¹⁶⁶.

¹⁶³ **Diosdi**, s. 45. *Manumissio*'nun, *ius civile*'de düzenlenen biçim ve usûllere uygun olarak gerçekleştirilmesinin köleye aynı zamanda Roma vatandaşı statüsünü kazandırdığı da unutulmamalıdır. Dolayısıyla *consortium*'un ortağı tek başına köleyi *manumissio* yoluyla azat ederek onu aynı zamanda Roma vatandaşı da yapabilmektedir. **Evangelisti**, *Societas*, s. 202. *Manumissio* işlemi ile Roma vatandaşlığının kazanılması hakkında bkz. **Gönenç, F. İ.:** “Roma’nın Vatandaşlık Politikası”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 559-673, s. 663; **Günveren, G. B.:** *Ius Civile’nin Tanındığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, İÜHFM (2018), C. 76, Sa. 2, s. 529-557, s. 534 vd.

¹⁶⁴ **Diosdi**, s. 45.

¹⁶⁵ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 428; **Evangelisti**, *Societas*, s. 204.

¹⁶⁶ **Atak**, s. 31.

Gerçekten, *consortium ercto non cito*'da kardeşlerden her birinin sahip olduğu geniş yetki, ancak *fraternitas* bağı ile açıklanabilir. Dışarıya karşı *consortium*'un ortaklarının yetkileri eşittir. Ancak bu yetkinin pratikte keyfî şekilde kullanıldığı ve ortak çıkarlara zarar verebileceği düşünülmemelidir. Roma anlayışına göre bir vasinin, vesayeti altındaki kişinin güvenini kötüye kullanacak nitelikte hareketlerde bulunamaması gibi bir kardeşin diğerine ihanet etmemesi beklenmekteydi. Nitekim her bir ortağın, ortaklığın çıkarını kendi çıkarı kabul etmesi ve diğer ortaklara karşı sorumluluk duygusuyla hareket etmesi beklenmekteydi. *Fraternitas*, ortak bir *utilitas*'a ulaşmak için, ortakların güçlü yanlarının bir araya getirilmesini pekiştirmekteydi. Böylelikle mülkiyetin birlikte yönetimi, arkaik gelenekler tarafından belirlenen ve *fraternitas* temelinde inşa edilen ilkeleri takip etmekteydi. Ortaklar arasındaki *fraternitas* bağı, ortakların yetkilerini meşrulaştırdığı gibi, ortaklar arası karşılıklı güveni de pekiştirmekteydi¹⁶⁷.

¹⁶⁷ **Betti**, s. 426-427; **Evangelisti**, *Societas*, s. 205; **Bretone**, *Consortium*, s. 165. Roma hukukunda *fraternitas* kavramı ile eşitlik kavramı arasında yakın bir ilişki söz konusudur. **Onida**, *Fraternitas*. Ayrıca en az *fraternitas* kadar *pietas* düşüncesinin de kardeşler arasında güçlü bir bağ ve güven ilişkisi yarattığı düşünülmektedir. **Bretone**, *Consortium*, s. 211; **Bannon**, s. 14 vd. *Pietas* kavramı kişinin tanrılara, vatanına ve ailesine olan bağlılığını ve görev bilincini ifade etmekteydi. Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının etkilendiği *pietas* düşüncesi, sosyal hayatın önemli bir parçası hâline gelmişti. Roma geleneğinde *pietas*'ın sembolü ise Troyalı Aeneas idi. *Pietas* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İpek, N.:** “Roma Yazınında ve Hukukunda, Roma’nın Temel Erdemlerinden Biri: Pietas” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2021), C. 27, Sa. 1, s. 566-592, s. 568, 571.

Her durumda ortaklar, *actio familiae erciscundae* ile *consortium ercto non cito*'nun sona erdirilmesini talep edebilmektelerdi¹⁶⁸. Böylelikle *consortium ercto non cito*'nun öngördüğü katı sistem esnetilmekteydi ve kurum içinde bir denge sağlanmaktaydı¹⁶⁹.

¹⁶⁸ **Diosdi**, s. 45-46; **Kaser**, s. 123.

¹⁶⁹ **Maschi**, *Disertiones*, s. 20.

*Actio familiae*¹⁷⁰ *erciscundae*, XII Levha Kanunu ile tanınmıştı¹⁷¹. Genellikle kabul edildiği üzere dava kapsamında maddi malların ortaklar arasında paylaştırılması talep edilebilmekteydi¹⁷².

¹⁷⁰ *Familia* kavramı burada aile babasına ait malvarlığı anlamına gelmektedir. **Üskül Engin, Z.**

Ö./Karaman, B.: “Roma İmparatorluğu ve Roma Hukukunda Ailenin Toplumsal Temelleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2006), C. 5, Sa. 1, s. 255-313, s. 258.

¹⁷¹ **Diliberto**, (Materiali) s. 93, 207. **D. 10.2.1 pr. (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale*):**

“*Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.*” Metne göre *actio familiae erciscundae*, XII Levha Kanunu’na dayanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu davanın XII Levha Kanunu ile getirilen bir yenilik olup olmadığı ve Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemlerde de *consortium ercto non cito*’da ortakların bölünmeyi talep edip edemediği sorusu akla gelmektedir. **Maschi**, *Disertiones*, s. 14 vd. Bir görüşe göre, XII Levha Kanunu’nda davanın usûlüne ilişkin bir yenilik getirilmiştir. Bu doğrultuda, davanın, *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem* usûlüne uygun şekilde yürütülmesine dair bir kural getirilmiştir. Nitekim XII Levha Kanunu’ndan önce de ortakların, ortaklığın giderilmesini talep etme imkânı olduğu kabul edilmektedir. **Evangelisti**, *Consortium*. Benzer bir görüş için bkz. **Karadeniz Çelebican**, *Eşya*, s. 143. Başka bir görüşe göre, kaynakların yetersizliği nedeniyle kesin bir şey söylemek mümkün olmamakla birlikte, kuruma ilişkin mevcut örf-adet kurallarının, XII Levha Kanunu ile ilk defa yazıya geçirildiğini kabul etmek mümkündür. **Maschi**, *Disertiones*, s. 59. **D. 10.2.1 pr.** metnindeki ifadelerden ortakların, mirasın paylaşılmasını talep edebildikleri anlaşılmaktadır. Bu kapsamda ortakların oybirliğiyle mi paylaşmayı talep edebildikleri yoksa bir ortağın tek başına mirasın paylaşılmasını talep edip edemediği sorusu gündeme gelmektedir. **D. 10.2.43**’e göre tek bir ortak, mirasın paylaşılmasını talep edebilmektedir. Bkz. **D. 10.2.43 (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*):** “*Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere*

potest: nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse palam est: igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere.” Bu konuda ayrıca bkz. **Atak**, s. 33. *Actio familiae erciscundae* kapsamında uygulanacak usûl hakkında bkz. **Gai. Inst. 4.17a**: “*Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: (...). item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi diuidenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*” *Iudex* (hâkim) veya *arbiter* (hakem) talebiyle gerçekleşen *legis actio per iudicis* (arbitrive) *posulationem* usûlüne hangi hâllerde başvurulması gerektiği XII Levha Kanunu’nda belirlenmişti. Kanuna göre *actio familiae erciscundae* ve *actio communi dividundo* gibi davalarda bu usûle başvurmak mümkündü. *Sacramentum* şartı aranmadığı için *legis actio per sacramentum*’a göre, daha kolay bir usûl olduğu kabul edilmekteydi. **Umur**, Lügat, s. 111; **Berger**, s. 542.

¹⁷² *Res extra patrimonium* niteliğindeki malların, *actio familiae erciscundae* ile paylaştırılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. **D. 10.2.25.1 (Paulus libro 23 ad edictum)**: “*Si miles alium castrensiem, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae iudicio: divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium, quemadmodum cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.*” **D. 10.2.51.1 (Iulianus libro octavo digestorum)**: “*Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum familiae erciscundae agere, ex causa utrique nostrum mos gerendus est: nam si ego totam hereditatem possideo et te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed a communione discedere volo, impetrare debeo familiae erciscundae iudicium, quia aliter dividi inter nos hereditas non potest. Item si tu iustam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius quam familiae erciscundae iudicium negotium distrahere velis, tibi quoque permittendum erit hereditatem petere: nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciscundae iudicio non deducuntur: veluti si ego debitor*

XII Levha Kanunu ile *actio familiae erciscundae* tanındığı için mirasın paylaşımı önünde hukuki bir engel bulunmamaktaydı. Ancak yukarıda izah edildiği gibi, ortaklar açısından bölünme, beraberinde sosyal ve ekonomik alanda birtakım zorluklara sebep olabilmekteydi¹⁷³.

E. *Consortium Ercto Non Cito*’dan *Communio*’ya

Arkaik dönemin *consortium ercto non cito* ile benimsenen kolektif mülkiyet anlayışına Klasik Hukuk Dönemi’nde getirilen esaslı yenilik pay kavramı olmuştur.

Gerçekten, Roma’da Cumhuriyet Dönemi’nin ortalarına doğru, paylara bölünmemiş ortaklık türü olarak *consortium ercto non cito* yerini, paylara bölünmüş ortaklık olarak *communio pro indiviso*’ya bırakmaya başlamıştır¹⁷⁴.

Roma hukukunun arkaik döneminde *consortium ercto non cito*’nun kendine özgü birlikte mülkiyet tipi kabul edilmekteydi ve uzunca bir süre bundan başka birlikte mülkiyet tipi bilinmemekteydi. Söz konusu ortaklığın sona erdirilebilmesi için ise tek imkân, *actio familiae erciscundae* idi.

Consortium ercto non cito, *fraternitas* (kardeşlik) ilkesi üzerine inşa edilmişti. Nitekim paylara bölme, *consortium ercto non cito* için geçerli olmadığından, malvarlığını yönetme konusunda kardeşlerin eşit haklara sahip olduğu düşünülmekteydi¹⁷⁵.

hereditarius sim, iudicio familiae erciscundae non consequeris id quod defuncto debui, per hereditatis petitionem consequeris.”

¹⁷³ **Franciosi**, s. 18.

¹⁷⁴ **Söğütlü**, s. 670.

¹⁷⁵ **Onida**, *Fraternitas*; **Bretone**, *Consortium*, s. 180.

Fraternitas, consortium ercto non cito'da hukuki bir anlama sahipti. Tabii bir kurum olan *consortium ercto non cito*, kardeşleri doğa yasasıyla birbirine bağlamaktaydı. Bu yapı örnek alınarak oluşturulan atipik *consortium* ise birbirlerine kardeşmiş gibi bağlanma arzusunda olan kişilerin iradesiyle ortaya çıkmaktaydı¹⁷⁶.

Bu kapsamda *consortium*'un ikinci türü olan atipik *consortium*'u, rızaî *societas*'tan ayırmak gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, belirli bir *legis actio* ile atipik *consortium* kurulabilmektedir. Böylece *fraternitas*'ın esas alındığı *sui heredes* arasındaki *consortium ercto non cito* yapısından, rızaya dayalı *societas*'a geçiş, atipik *consortium* ile sağlanmıştır¹⁷⁷. Zira atipik *consortium*, kardeşler arasındaki *consortium*'dan izler taşımakla birlikte, ortakların istekleriyle kurulabildiği için bir bakıma rızaî *societas*'a yakın bir kurumdur. Bu bakımdan kardeşler arasındaki *consortium*'dan rızaî *societas*'a geçiş sürecinde atipik *consortium*, söz konusu hukuki kurumların gelişiminde bir aşamayı göstermektedir.

Roma'da zaman içerisinde *consortium* kurumu gözden düşmeye başlamış; sonrasında birlikte mülkiyeti soyut paylara bölme düşüncesi yerleşmeye başlamıştır. Böylelikle paylı mülkiyet, Roma hukukunda birlikte mülkiyetin kabul edilen tek tipi hâline gelmiştir. Mülkiyetteki bu bireyselleşme ise elbette kısa sürede gerçekleşmemiştir. Nitekim bölünmenin mevcut olmadığı *consortium ercto non cito* ile, birlikte mülkiyette paylara bölmenin esas alındığı *communio* arasında, esasen giderek zayıflayan bir ayrım ortaya çıkmıştır. Eski kurumun patriarkal yapısı, giderek paylı mülkiyetteki soyut pay paradigması içinde asimile olmuştur¹⁷⁸.

¹⁷⁶ **Onida**, *Fraternitas*.

¹⁷⁷ **Betti**, s. 426; **Onida**, *Fraternitas*.

¹⁷⁸ **Bretone**, *Consortium*, s. 199.

Gerçekten, *consortium ercto non cito*, Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru gözden tamamen düşmüştür ve yerini *communio* kurumu almıştır¹⁷⁹. *Consortium*'un gözden düşmeye başlamasını ise Roma'da sosyal ve ekonomik alandaki dönüşümlerle açıklayabilmek mümkündür.

Roma'da basit ekonomik faaliyetlerden karmaşık faaliyetlere kademeli olarak geçildiği düşünülmektedir. Arazilerin genişlemesiyle birlikte kırsal nüfus azalmaya başlamıştır. Yeni toprakların işgal edilmesi ile işgal edilen topraklardaki halkların köleleştirilmesi, köleciliğe dayanan ekonominin giderek güçlenmesine yol açmıştır. Ekonomik faaliyetlerdeki çeşitlilik artmaya başlamış ve ticaret giderek gelişmiştir. Bu durum yeni ilişkiler ağının kurulmasına ve yalın arkaik ilişkilerin karmaşıklaşmasına yol açmıştır. Kartaca ile yapılan savaşlar sonrasında sınırları giderek belirginleşen bu yeni tarihsel çerçevede, *consortium ercto non cito* kurumunda kriz kaçınılmaz olmuştur¹⁸⁰. Süreç sonunda hukuki ilişkilerde bireyselleşme kaçınılmaz hâle gelmiştir. Bu gelişmelere paralel olarak, pek çok vatandaş geçimini sağlamak için yeni yollara başvurmuştur. Sonunda mülkiyet birliği yerine tek kişi mülkiyeti önem kazanmaya başlamıştır. Bu durum, Roma'da ailenin ve aile mallarının bir arada tutulması ihtiyacının giderek azaldığını göstermektedir. Bunun başka bir sonucu ise toplumda derin eşitsizliklerin ortaya çıkmasında kendini göstermektedir¹⁸¹.

Ticari ilişkilerin kaçınılmaz bir gereği olarak elbette şahsi malların ve bireysel emeğin ortak bir amaç doğrultusunda birleştirilmesi ihtiyacı giderek artmıştır. Bu ihtiyaç, artık aile içinde değil; birbirine kan bağıyla bağlı olmasa bile, ortak bir ticari amaç için

¹⁷⁹ **Bretone**, Consortium, s. 211; **Maschi**, Servo, s. 427.

¹⁸⁰ **Bretone**, Consortium, s. 200.

¹⁸¹ **Bretone**, Consortium, s. 201; **Franciosi**, s. 31; **Arangio-Ruiz**, Società, s. 19.

rızayla kurulan ortaklıkları beraberinde getirmiştir. Böylece karşılıklı bağlar, bireyin ailedeki statüsünden değil, bireylerin iradelerinden kaynaklanır olmuştur¹⁸².

XII Levha Kanunu'nda *actio familiae erciscundae*'ın kabul edilmesinin, *consortium ercto non cito*'nun gözden düşmesini hızlandırdığı da ayrıca söylenebilir. Gerçekten Kanun'un mirasın paylaşılması için bir dava öngörmesi, bireyin konumunu güçlendirmiştir ve aile üyelerine malvarlığını bölmek suretiyle *consortium*'dan ayrılabilme imkânı sağlamıştır. Öte yandan, bireysel ticari çıkarların başka hukuki yollarla sağlanabilmesi, örneğin ortak bir amaç doğrultusunda bireylerin *societas* (adi ortaklık) ile bir araya gelebilmesi, esnek bir kurum olmayan *consortium*'a tercih edilmeye başlanmıştır.

Böylece *societas*'ın ilk şekli olan *societas omnium bonorum* olarak adlandırılan ortaklıklar toplumsal hayatta baş göstermiştir. Pek tabii *consortium ercto non cito*'dan *societas*'a geçiş bir anda meydana gelmemiştir¹⁸³. Bu açıdan özellikle *societas omnium bonorum* kurumu, iki kurum arasındaki geçişin izlerini yansıtmaktadır.

Böylelikle önce *societas* türü olarak *societas omnium bonorum*; sonra belirli amaç doğrultusunda yeni türde *societas*'lar kurulmaya başlamıştır. Giderek yeni ortaklık türleri karşısında *consortium* artık uygulanamaz hâle gelmiştir ve tarihî bir hatıra olarak kalmıştır. Fakat bazı özellikleri *societas*'a tesir etmiştir¹⁸⁴. Ortaklardan birinin ölümünün veya *capitis deminutio*'ya uğramasının *societas*'ı sona erdirmesi *consortium*'dan

¹⁸² **Bretone**, Consortium, s. 200-201.

¹⁸³ **Bretone**, Consortium, s. 201.

¹⁸⁴ **Koschaker/Ayiter**, s. 241.

artakalan kurallardır¹⁸⁵. Benzer şekilde, *societas*'ta ortakların birbirlerine karşı sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde *fraternitas* ilkesi etkili olmuştur¹⁸⁶.



¹⁸⁵ Koschaker/Ayiter, s. 242.

¹⁸⁶ **D. 17.2.63 pr. (Ulpianus libro 31 ad edictum):** “*Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.*” Metinden anlaşıldığı üzere Ulpianus, rızaya dayalı sözleşme olan *societas* ile *fraternitas* temeline dayanan *consortium ercto non cito* arasındaki bağlantıyı vurgulamaktadır. Zira metnin sonunda *societas*'ın bazı açılardan *fraternitas* ve bu bakımdan kardeşler arasındaki hukuki ilişkiye benzediğine dikkat çekmektedir. **Onida**, *Fraternitas*; **Gönenç**, *Societas*, s. 15-16.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA PAYLI MÜLKİYETİN ORTAYA ÇIKTIĞI HÂLLER

I. Genel Olarak

Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, paylı mülkiyetin farklı hukuki olaylardan meydana geldiği anlaşılmaktadır. Bu hâllere *societas*, *accessio*, *confusio*, *commixtio* ile başkasına ait arazide *thesaurus* (define) bulunması örnek gösterilebilir¹⁸⁷.

Paylı mülkiyetten kaynaklanan ortaklık ilişkisinin, tarafların isteğine bağlı olarak veya tarafların istekleri olmamasına rağmen ortaya çıktığı hâller arasında şeklî bir ayrım yapıldığı, Roma hukuku kaynaklarından anlaşılmaktadır. Gerçekten, birden fazla kimsenin beraber bir malı satın alması durumunda paylı mülkiyet, tarafların kendi istekleriyle meydana gelmekteyken; birden fazla kimseye ait malların karışması durumunda, kişilerin istekleri dışında paylı mülkiyetin ortaya çıkması söz konusudur.

¹⁸⁷ **Perozzi**, Istituzioni, s. 473.

Söz konusu sistematik ayrışma, zaman içerisinde daha da belirgin hâle gelmiştir ve paylı mülkiyet kavramının Roma hukukundaki gelişiminin son aşamasında paydaşlar arasında paylı mülkiyet birliği oluşması hususunda *consensus*'un mevcut olmadığı paylı mülkiyet hâlleri *communio incidens* (tesadüfi *communio*) kavramıyla farklı bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur¹⁸⁸. Bu bağlamda, *communio incidens* kavramına son şeklini veren Iustinianus Dönemi hukukçuları olmuştur.

Roma hukukuna göre kişilerin kendi istekleri doğrultusunda paylı mülkiyet tesis ettikleri önemli kurumlardan biri *societas*'tır¹⁸⁹. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde önce *societas* kurumu ve türleri üzerinde durmaktayız.

II. *Societas* ve *Societas Omnium Bonorum*

A. *Societas* Kavramı

M.Ö. II. yüzyıldan itibaren yabancılarla ticari ilişkilerin artması, kazanç elde etme amaçlı çeşitli *societas* (ortaklık)'ların kurulmasına neden olmuştur¹⁹⁰.

Bu dönemde savaşlar, Roma ekonomisinin itici gücü olmuştur. Yeni toprakların fethedilmesi, yeni yatırım ve iş imkânları sağlamıştır. Benzer şekilde fethedilen topraklardaki halklar köleleştirilmiş, böylelikle bol ve ucuz köle emeği elde edilmiştir. Savaş ganimetlerinden ve eyaletlerden elde edilen vergilerden Roma büyük kazanç sağlamıştır. Kartaca ile yapılan savaşlara kadar kendine yeten kapalı ekonomik yapı, sürekli büyüyen başkent ve ihtiyaçları sürekli artan ordu için yeterli gelmemeye başlamıştır. Böylelikle fetihler, ticaretin gelişmesine zemin hazırlamıştır. Roma

¹⁸⁸ **Di Marzo**, s. 253.

¹⁸⁹ **Perozzi**, Istituzioni, s. 473.

¹⁹⁰ **Maschi**, Disertiones, s. 58; **Gönenç**, Societas, s. 14-15.

hukukunda ticari amaçlı ortaklıkları ifade etmek üzere *societas* kurumu da böylelikle Kartaca ile yapılan savaşlar sırasında ordunun ihtiyaçlarını sağlamak üzere gelişmeye başlamıştır. Ticaretin gelişmesi ise eskiden servetin tek kaynağı olan toprak zenginliğinin zayıflamasına yol açmıştır¹⁹¹.

Böylece *ius gentium* etkisinde herhangi bir şekle tabi olmayan, kurulması için sadece tarafların rızasının yeterli kabul edildiği ortaklıklar giderek *praetor* tarafından korunmaya başlamıştır ve birbiriyle akrabalık bağıyla bağlı olmasalar bile kişiler, kazanç elde etme amacıyla mal ve emeklerini bir araya getirmeye başlamışlardır¹⁹².

Bu bağlamda *societas* ile birden fazla kişi meşru bir menfaat amacıyla mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt etmektedir¹⁹³. Roma hukukuna göre *societas, bona*

¹⁹¹ **Tahiroğlu, B.:** “Roma Devleti’nin İktisadi Krizleri”, İÜHFM (1981), C. 45, Sa. 1-4, s. 677-706, s. 680-681; **Tahiroğlu, B.:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2023, s. 239-240.

¹⁹² **Gönenç,** Societas, s. 14-15; **Tahiroğlu,** Borçlar, s. 240; **Rado,** s. 112. Gerçekten bu gelişme *praetor peregrini* (yabancılar *praetor*’u) tarafından *iudicia bonae fidei* (iyiniyet davaları)’in tanınmasıyla sağlanmıştır. **Evangelisti,** Societas, s. 196-197. İyiniyet davaları “*intentio quidquid ob eam rem dare/ facere/ praestare oportet ex fide bona*” (hâkim, borçluyu iyiniyet gereklerine göre vermeye/yapmaya/eda etmeye mecbur olduğu şeye mahkûm etsin) şeklinde formüle edilmekteydi. İyiniyet davalarının yargılama bakımından önemi ise *ius civile* gereği tanınmayan taleplerin, iyiniyet davaları gereği *praetor*’lar tarafından tanınmasında kendini göstermekteydi. Nitekim iyiniyet davalarında hukuki sonucun ölçüsü, *ius civile*’nin aksine, ahlaki bir ölçü olarak güvene dayanmaktaydı. **Söğütlü Erişgin, Ö.:** Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016, s. 71.

¹⁹³ **Di Marzo,** s. 446; **Erdoğan, B.:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 96; **Söğütlü Erişgin,** Contractus, s. 171.

*fides*¹⁹⁴’e dayanan, rızaî¹⁹⁵ bir sözleşmedir. Ortakların ortak olma konusunda rızalarını göstermeleri herhangi bir şekle bağlı değildir. *Societas* ortaklarını ifade etmek üzere kaynaklarda *socius* kavramı kullanılmaktadır.

B. *Societas*’ın Unsurları

1. Ortak Olma Niyeti

Societas, en az iki ortağın iradesine dayanan bir hukuki ilişkidir. *Societas*’tan bahsedilebilmesi için ortakların tamamının ortaklık kurma niyetiyle hareket etmesi ve bu yönde iradelerinin uyuşması gerekmektedir¹⁹⁶. *Societas*’ta ortaklar arasında *affectio*

¹⁹⁴ Cicero, *societas*’tan başka *tutela* (vesayet), *fiducia* (inançlı işlem), *mandatum* (vekâlet sözleşmesi), *emptio venditio* (satış sözleşmesi) ile *locatio conductio* gibi sözleşmelerden doğan davaların iyiniyet davaları olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, **Gai. Inst. 4. 62**’de *societas*, *tutela*, *fiducia* (inançlı işlem), *emptio venditio*, *locatio conductio*’ya ek olarak *negotiorum gestio* (vekâletsiz iş görme), *mandatum* (vekâlet sözleşmesi), *depositum* (saklama sözleşmesi)’dan doğan davaların iyiniyet davaları olduğunu belirtmektedir. Bu noktadan hareketle, Klasik Hukuk Dönemi’nde iyiniyet davalarının uygulama alanının genişlediği yorumu yapılmaktadır. **Uçaryılmaz, T. Ş.:** “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi” TBB Dergisi (2018), Sa.135, s. 335-382, s. 351.

¹⁹⁵ **Koschaker/Ayiter**, s. 241; Doktrinde hâkim görüşe göre, M.Ö. II. yüzyıl civarında *societas*’ın tam iki taraflı rızaî bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Tüzel kişiliği bulunmayan *societas*’ın, günümüzdeki adi ortaklığın kökeni olduğu düşünülmektedir. **Uçaryılmaz, T. Ş.:** Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2019, s. 214.

¹⁹⁶ **Gönenç**, *Societas*, s. 24.

*societatis*¹⁹⁷ mevcut olmalıdır. Ortak olma niyeti olarak anlaşılması gereken *affectio societatis*'in ortaklardan birisi açısından ortadan kalkması durumunda artık *societas*'ın varlığından söz edilemez. Nitekim *affectio societatis*'in ortaklık devam ettiği sürece ortakların tamamı için mevcut olması gerekmektedir¹⁹⁸.

2. Meşru Amaç

Societas'ın ortak meşru amaç doğrultusunda kurulması gerekmektedir¹⁹⁹. Nitekim kalpazanlık veya kaçakçılık amacıyla kurulan ortaklıklar, Roma hukuk düzeni tarafından geçersiz kabul edilmektedir²⁰⁰.

Digesta'daki metinlerde çoğu kez ortak meşru amaç ile ekonomik bir amaçtan söz edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten ilgili metinler incelendiğinde, ortak amacın genellikle ekonomik, daha dar anlamda kazanç elde etme ve paylaşmaya yönelik olduğu

¹⁹⁷ *Affectio societatis*'ten bahseden metinlerdeki *interpolatio* şüphesi hakkında bkz. **Di Marzo**, s. 446; **Uçaryılmaz**, *Bona Fides*, s. 216.

¹⁹⁸ **Gai. Inst. 3.151**: “*Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseuerant; at cum aliquis renuntiauerit societati, societas soluitur. sed plane si quis in hoc renuntiauerit societati, ut obueniens aliquod lucrum solus habeat, ueluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiauerit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid uero aliud lucri fecerit, quod non captauerit, ad ipsum solum pertinet. mihi uero, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*”

¹⁹⁹ **D. 17.2.57 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum)**: “*Nec praetermittendum esse Pomponius ait ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.*”

²⁰⁰ **Gönenç**, *Societas*, s. 41; **Söğütlü**, s. 518.

söylenilmektedir. Bununla birlikte, kazanç elde etmenin *societas* bakımından zorunlu bir unsur olması hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir²⁰¹.

3. Katılım Payı

Societas'tan bahsedebilmek için ortakların katılım payı olarak mal veya emeklerini bir araya getirmeleri gerekmektedir²⁰². Böylelikle ortakların, ortaklığa getirdiği mallar üzerinde paylı mülkiyet kurulabilmektedir. Fakat bunun için ortakların



²⁰¹ Kazanç kavramı geniş yorumlandığında, ortakların malvarlıklarını artıran menfaatlerin yanında, her türlü masraftan ve ücretten tasarrufu veya zararların eksilmesine yol açan her türlü avantajı kazanç kapsamında düşünebilmek mümkün görünmektedir. **Gönenç**, *Societas*, s. 39-40.

²⁰² **Rado**, s. 110; **Erdoğan**, *Borçlar*, s. 97; **Gönenç**, *Societas*, s. 32-33.

malın cinsine göre, başka bir anlatımla *res Mancipi*²⁰³ veya *res nec Mancipi*²⁰⁴ niteliğine göre²⁰⁵, uygun devir işlemini yapması gerekmektedir²⁰⁶.

C. *Societas*'ta Paylı Mülkiyet

Yukarıda da bahsedildiği üzere, katılma payı olarak ortaklığa belirli malların getirilmesi durumunda, söz konusu mallar üzerinde ortaklar arasında paylı mülkiyet kurulduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda malın *res Mancipi* veya *res nec Mancipi* niteliğine uygun hukuki işlem ile diğer ortaklara devrinin sağlanması gerekmektedir.

²⁰³ *Solum Italicus* (İtalya toprağı) veya *fundus Italicus* (İtalya arazisi); İtalya arazisi üzerinde tesis edilen *iter*, *actus* ve *via aquaeductus* gibi *servitutes praediorum rusticorum* (tarımsal irtifak hakları); *servi* (köleler) ile yük ve çeki hayvanları *res Mancipi* sınıfını oluşturmaktadır.

Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 45; **Erdoğan**, Eşya, s. 6.

²⁰⁴ *Res Mancipi* dışında kalan Roma egemenliği altındaki tüm araziler; eyalet arazileri; köleler ile yük ve çeki hayvanları dışında kalan taşınır mallar *res nec Mancipi* sayılmaktadır. **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 45; **Erdoğan**, Eşya, s. 7.

²⁰⁵ Her hukuk sistemi, malları çeşitli ayrımlara tabi tutmaktadır. Bu bakımdan Roma ekonomisinin tarıma dayandığı dönemde, toplumsal hayat ve tarım faaliyeti için daha önemli olduğu düşünülen mallar *res Mancipi* sınıflandırmasına girmektedir. *Res Mancipi*'ler sadece *mancipatio* ve *in iure cessio* ile devredilebilmektedir. **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 45-46.

²⁰⁶ **Rado**, s. 111; **Gönenç**, *Societas*, s. 34. *Mancipatio* ve *in iure cessio*, sadece Roma vatandaşları tarafından gerçekleştirilebilen işlemlerdi. *Res Mancipi* gibi değerli kabul edilen malların *mancipatio* veya *in iure cessio* ile devrinin yabancılar tarafından gerçekleştirilememesi nedeniyle, söz konusu malların yabancıların eline geçmesi engellenmekteydi. **Erdoğan**, Eşya, s. 7.

Paylı mülkiyet ile *societas*'ın birlikte mevcut olduğu bu hâli ifade etmek üzere doktrinde “*communio cum societate*” kavramının kullanıldığı anlaşılmaktadır²⁰⁷. *Communio cum societate* kavramıyla, paylı mülkiyetin *societas* ile mevcut olduğu hâl ile *societas* dışında ortaya çıktığı hâller arasındaki ayrıma dikkat çekilmek istenmiştir.

Konuya ilişkin bir metni inceleyelim:

D. 17.2.31 (Ulpianus libro 30 ad Sabinum)

“Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul emptas res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.”

Actio pro socio'dan söz edebilmek için *societas*'ın varlığı gereklidir: paylı malın olması [tek başına] *societas* için yeterli değildir. *Societas* dışında da paylı mülkiyet ortaya çıkabilmektedir. Ortak olma niyetimiz olmadan da mülkiyeti paylaşabiliriz. Örneğin *legatum* ile malların ikimize bırakılmasında olduğu gibi, benzer şekilde malların iki kişi tarafından birlikte satın alınmasında; miras veya bağışlama yoluyla iki kişiye mal bırakılması durumunda veya ortak olma

²⁰⁷ Di Marzo, s. 253.

niyetimiz olmadan iki kişiye ait payları ayrı ayrı satın
aldığımız hâllerde bu mümkündür.

Alıntı yaptığımız metne göre paylı mülkiyet çeşitli hâllerden doğabilmektedir. Buna göre paylı mülkiyet, *societas* dışındaki hâllerden de meydana gelebilmektedir. Metinde bu hâllere *legatum* (belirli mal bırakma), *hereditas* (miras), *emptio venditio* (satış sözleşmesi) ve *donatio* (bağışlama) örnek gösterilmiştir.

Paylı mülkiyetin mevcut olduğu her durumda aynı zamanda bir *societas*'tan söz edilemeyeceği metnin başında vurgulanmaktadır. Zira metinde de ifade edildiği üzere *societas*'ın varlığı için *affectio societatis* unsurunun mevcut olması gerekmektedir. Metinde sadece *affectio societatis* unsurundan bahsedilmektedir. Bununla birlikte, pek tabii, *societas*'ın varlığından söz edilebilmesi, unsurlarının tamamının mevcut olmasını gerektirmektedir.

Metinde de ele alındığı üzere *societas* ile paylı mülkiyetin ortaya çıktığı diğer hâller arasında şeklen bir ayrılık söz konusudur. Nitekim *societas*'ın mevcut olmadığı hâllerde *actio pro socio*, uygulama alanı bulamaz. *Societas*'a ilişkin bir dava olan *actio pro socio*, ancak *societas*'ın mevcudiyetinde kendine uygulama alanı bulabilmektedir ve davanın konusunu bir ortağın veya ortakların, diğer ortağa veya ortaklara karşı ortaklık ilişkisinden doğan tüm borçları oluşturmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde izah edildiği üzere, Roma usûl hukukuna ilişkin kurallar gereği, paylı mülkiyet ve *societas* kurumları için farklı davalar öngörülmüştür. Önemle belirtmek gerekir ki söz konusu davalar, kimi zaman yarışabilmektedir. Dolayısıyla hukuki ilişkinin doğru şekilde nitelendirilebilmesi, davacının açacağı dava açısından önem arz etmektedir.

Özetlemek gerekirse *societas* olmadan paylı mülkiyetten; paylı mülkiyet olmadan *societas*'tan söz edebilmek mümkündür.

Konuya ilişkin başka bir metni ele alalım:

D. 17.2.52.13 (Ulpianus libro 31 ad edictum)

“(…) *Idemque et si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur, et alteri tradita sit nec praestet alteri quod convenit, pro socio actionem esse.*”

Aynı şekilde, [iki kişi] ışığın kesilmesini önlemek için ortak bir arazi satın alırsa ve bu arazi [içlerinden] birine devredilirse, bu kimsenin diğerine ait olanı vermemesi durumunda [anlaşmaya rağmen arazi üzerindeki hakları sağlamıyorsa], *actio pro socio* mümkündür.

Alıntı yaptığımız metne göre iki kişi, kendilerine ait arazilere gelen ışığın kesilmesini önlemek adına birlikte arazi satın almışlardır. Söz konusu anlaşmaya uymayan tarafa karşı *actio pro socio* açılabilceği metinde belirtilmiştir. Buna göre metinden, Romalı hukukçuların mevcut durumda taraflar arasında *societas*’ın kurulduğunu kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Aynı zamanda beraber satın alınan arazi üzerinde paylı mülkiyet de kurulmuş olmaktadır. Bu nedenle malikler burada hem paylı mülkiyetin paydaşlarıdır ve bu noktada birbirlerine karşı belirli yükümlülükleri doğmaktadır hem *societas*’ın ortakları olarak birbirlerine karşı yükümlülükleri mevcuttur.

D. Societas Omnium Bonorum

Societas’ın en eski türünün *societas omnium bonorum* (bütün mallar ortaklığı) olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır²⁰⁸. Daha önce de izah edildiği gibi, *societas omnium bonorum*’un kökeni *consortium*’a dayanmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki burada bahsedilen kardeş olmayanlar arasında *legis actio* ile kurulan atipik

²⁰⁸ **Evangelisti**, Societas, s. 196; **Gönenç**, Societas, s. 43; **Koschaker/Ayiter**, s. 241.

consortium'dur. *Societas omnium bonorum*'da ortaklar arasında paylı mülkiyetin doğmasına yol açan anlaşmanın, *legis actio*'nun modern bir şekli olduğu düşünülmektedir²⁰⁹.

Societas omnium bonorum'da, *societas*'ın diğer türlerinden farklı olarak, ortaklar malvarlıklarının tamamını birleştirmektelerdi²¹⁰. Böylece ortaklar, malvarlıklarını gerek *inter vivos* gerek *mortis causa*, gelecekte elde edecekleri de dahil olmak üzere, bir araya getirmektelerdi²¹¹.

Bununla birlikte, ortakların mevcut ve gelecekte elde edecekleri malların tamamını bir araya getirmesi bazı sorunlara yol açmıştır²¹². Roma hukukunun gelişiminin daha ileri aşamalarında, bu sorunlarla karşılaşmamak için *societas omnium bonorum* yerine sınırlı amaç doğrultusunda veya sadece belirli malların bir araya getirilmesiyle başka *societas* türleri giderek kendine uygulamada yer bulmaya başlamıştır.

Societas omnium bonorum'da mallar üzerinde birlikte mülkiyet türü olarak paylı mülkiyet kurulmaktaydı ve Roma hukukunda istisnai bir durum olarak paylı mülkiyetin kurulması için ortaklık sözleşmesinin yapılması yeterliydi²¹³. Başka bir deyişle, ortaklar arasında paylı mülkiyetin kurulabilmesi için mülkiyetin devrine ilişkin işlemlerin

²⁰⁹ **Zimmermann**, s. 466.

²¹⁰ **Rado**, s. 112; **Erdoğan**, Borçlar, s. 96-97; **Koschaker/Ayiter**, s. 241.

²¹¹ **Evangelisti**, Societas, s. 196.

²¹² **Gönenç**, Societas, s. 43.

²¹³ **Zimmermann**, s. 466; **Daube**, s. 381-382; **Karagöz, H.**: Traditio (Teslim)'nin Tarihsel Gelişimi ve Constitutum Possessorium (Zilyetlik Anlaşması), İstanbul 2001, s. 177; **Gönenç**, Societas, s. 43.

yapılmasına gerek yoktu²¹⁴. Bununla birlikte, ortaklarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ortaklığın kurulmasından sonra elde edilen malların ortaklığa getirilmesi gerekmektedir. Genellikle kabul edildiği üzere ortaklığa sonradan getirilen malların türüne göre ilgili devir işlemlerinin yapılması gerekmektedir²¹⁵.

Ortaklığa getirilen mallar bakımından herhangi devir işleminin yapılmamasına ilişkin istisnai kuralı açıklamak üzere doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Glossator*'lardan Azo ve sonrasında *commentator*'lar, *societas omnium bonorum*'u, *constitutum possessorium*²¹⁶'un bir örneği kabul etmişlerdir. Bu görüş taraftarlarının iddialarını dayandırdıkları metinlerin²¹⁷ *interpolatio* yoluyla değiştirildiği eleştirisi yapılmıştır. Bu nedenle söz konusu görüşler fazla taraftar bulamamıştır. Bunun yerine *societas omnium bonorum*'daki istisnai durumun *traditio tacita* (zımni *traditio*) olduğu, farklı bir görüş olarak ayrıca ileri sürülmüştür²¹⁸. Fakat bu görüş de eleştirilmiştir. Zira

²¹⁴ **D. 17.2.1.1 (Paulus libro 32 ad edictum):** “*In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur.*”

²¹⁵ **Gönenç**, *Societas*, s. 43-46; **Şener**, s. 706.

²¹⁶ Malın *possessor*'u olan kimsenin, malın *detentor*'u olmayı kabul ederek malın teslimine ilişkin işlemi gerçekleştirmeksizin, malın bu kimseye teslim edilmiş sayılması hâlidir. Malın mülkiyeti, burada *animus* unsuru ile nakledilmekte ve mal, saklama sözleşmesi veya kira sözleşmesi gibi bir sebeple mülkiyeti devredende kalmaya devam etmektedir. **Umur**, *Lügat*, s. 47-48.

²¹⁷ **D. 17.2.1 pr. (Paulus libro 32 ad edictum):** “*Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione.*” **D. 17.2.2 (Gaius libro decimo ad edictum provinciale):** “*Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.*”

²¹⁸ **Karagöz**, s. 179-180; **Gönenç**, *Societas*, s. 44.

gerek arkaik dönemlerde gerek Klasik Hukuk Dönemi'nde mallara ilişkin mevcut ayrıma göre *res mancipi*'nin devri için *traditio* elverişli değildir²¹⁹.

Konuyu izah eden en makul görüşün *societas omnium bonorum*'un kökenine ilişkin getirilen açıklamalar olduğunu düşünüyoruz. Bu görüşe göre *societas omnium bonorum*'un kökenin *consortium*'a dayanıyor olması, söz konusu istisnai durumu açıklığa kavuşturabilmektedir.

Daha önce izah edildiği üzere *societas omnium bonorum*'un kökeni, kardeş olmayanlar arasında *legis actio* yoluyla kurulan *consortium*'a dayanmaktadır. Bir anlaşma yoluyla mevcut malların tamamı üzerinde paylı mülkiyetin tesis edilmesi, bu görüş taraftarlarına göre *consortium* kurumundan *societas omnium bonorum*'a miras kalmıştır²²⁰. Gerçekten *societas omnium bonorum* tesisi için ortaklar arasında yapılan anlaşma, kardeş olmayanlar arasındaki *consortium*'un tesis edilmesini sağlayan *legis actio*'nun yeni bir şekli kabul edilebilir.

Societas omnium bonorum'dan yani bütün malların ortaklığından, *societas unius rei*'ye, yani tek mal ortaklığına doğru gelişim, *consortium* kapsamında *sui heredes* arasındaki *fraternitas* (kardeşlik) ilkesinin yerini ticari çıkarlara bıraktığını ortaya koymaktadır²²¹.

²¹⁹ Gönenç, Societas, s. 44.

²²⁰ Daube, s. 382; Zimmermann, s. 466.

²²¹ Daube, s. 383. Bu hususta ayrıca bkz. Birinci Bölüm'de *Consortium Ercto Non Cito*'dan *Communio*'ya başlığı

E. *Societas*'ın Diğer Türleri

Roma'da zaman içinde yeni ortaklık türleri gelişmeye başlamıştır. Belirli bir ticari faaliyette bulunmak amacıyla kurulan *societas alicuius negotiationis* bunlardan biridir. Akdeniz'de buğday ticareti yapmak veya köle satımıyla ilgilenmek bu tipte ortaklıkların faaliyetlerine örnek gösterilmektedir. Bu gibi ortaklıklarda ortaklar, faaliyetleri için gerekli olan sermayeyi ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt etmektedir²²².

Bir işin yapılması veya belirli bir malın işletilmesi suretiyle kâr elde edilmesi durumunda ise *societas unius rei* meydana gelmekteydi²²³. Bir arazi üzerinde inşaat yapılması, bir yarış atının yarışmalara hazırlanması veya bir çiftliğin işletilmesi, bu tip ortaklıkların faaliyet alanını oluşturmaktaydı. Önemle belirtmek gerekir ki bu tipte ortaklıkları paylı mülkiyetten ayırmak oldukça zordu. Bu noktada önem arz eden husus, bir araya gelen kişilerin ortaklık kurma konusunda niyet ve iradesinin mevcut olması gerekliliği²²⁴.

III. *Accessio*

A. Kavram

Farklı kişilere ait malların bir bütün teşkil eder şekilde birleşmesi *accessio* kavramıyla ifade edilmekteydi²²⁵. *Accessio*, Roma hukukunda paylı mülkiyete vücut veren önemli hâllerden biriydi.

²²² Rado, s. 112; Gönenç, Societas, s. 49.

²²³ Rado, s. 112; Gönenç, Societas, s. 50.

²²⁴ Gönenç, Societas, s. 50.

²²⁵ Umur, Eşya, s. 46; Günal, A. N.: Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara 2006, s. 19; Erdoğan, Eşya, s. 90.

Romalı hukukçular *accessio* durumunda asıl mal ile birleşen malın birbirinden ayırlamayacak şekilde bütünleşip bütünleşmemesiyle ilgilenmekteydi. Birleşen malların birbirinden ayrılarak ferdiyetini yeniden kazanabilmesinin mümkün olması durumunda söz konusu mallar, malikleri tarafından *rei vindicatio*²²⁶ ile talep edilebilmektedir²²⁷. Böylelikle tekrar tek kişi mülkiyeti tesis edebilmek mümkündür.

Romalı hukukçular bölünmenin mümkün olmaması durumunda ise paylı mülkiyetin varlığını kaçınılmaz olarak kabul etmekteydi. Romalılar, *accessio* konusuna son derece bireyci bir bakış açısıyla yaklaşmış ve mümkün olduğunca mülkiyetin tek bir kişiye ait olmasını sağlayacak şekilde kurallar geliştirmişlerdir.

²²⁶ *Ius civile* mülkiyetini koruyan bir dava olarak *rei vindicatio* zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede açtığı istihkak davasıdır. **Umur**, Lügat, s. 178.

²²⁷ **Umur**, Eşya, s. 47. Birleşen taşınır malların ayrılabilmesinin mümkün olması durumunda malik, *actio ad exhibendum* da açabilmektedir. **Günel**, Zamanaşımı, s. 20. *Actio ad exhibendum*, *rei vindicatio*'ya veya *actiones noxales*'e hazırlık mahiyetinde bir davadır. Söz konusu davada uyuşmazlık konusu taşınır mal, malın zilyedi tarafından *magistratus* önünde teşhir edilmektedir. **Umur**, Lügat, s. 2. Davanın özel bir uygulaması *accessio* durumunda söz konusu olmaktadır. Örneğin bir kimseye ait değerli bir madenin, başkasına ait yüzük ile birleştirmesi durumunda, davacı *actio ad exhibendum* ile malların mahkeme huzurunda ayrılmasını sağlamaktadır. Daha sonra davacı, *rei vindicatio* ile malını talep edebilmektedir. **Berger**, s. 463. *Actio ad exhibendum* ve *rei vindicatio* açısından davaların yarışmasının kabul edilmemesi hakkında bkz. **Dinçer Araz, N.:** “Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (Concursus Actionum) Genel Bir Bakış” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2017), C. 23, Sa. 3 (Prof. Dr. Bülent Tahiroğluna Armağan, Özel Sayı), s. 235-281, s. 240.

B. Türleri

Genellikle kabul edildiği üzere *accessio*'nun Roma hukukunda üç türü bulunmaktadır²²⁸. Bu hâllerden bazılarında paylı mülkiyet ortaya çıkabilmektedir.

1. Taşınır Mallar

Roma hukuku kurallarına göre taşınır malların birbirinden ayrılamayacak biçimde birleşmesi durumunda, asıl malın malikinin birleşme sonucunda ortaya çıkan mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir²²⁹. Bununla birlikte somut olayda hangi malın asıl mal olduğunu tayin etmek zor olabilmektedir. Bu bakımdan birleşmeden önceki durumu, birleşmeyle ortaya çıkan duruma en yakın olan malın asıl mal olduğu kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, yan mal olmadan da varlığını sürdürebilen mal, asıl mal kabul edilmektedir²³⁰. Sonuç olarak bu birleşme hâlinde paylı mülkiyet meydana gelmemektedir.

2. Taşınmaz Mal ile Taşınır Mal

Taşınmaz mal ile taşınır malın birleşmesi durumunda ise, taşınmaz mal her zaman asıl mal kabul edildiği için, taşınmaz malın malikinin taşınır malın da maliki olduğu kabul edilmektedir²³¹. Böylelikle bu hâlde de paylı mülkiyet ortaya çıkmamaktadır.

²²⁸ **Günel**, Zamanaşımı, s. 19.

²²⁹ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 158; **Erdoğan**, Eşya, s. 90; **Söğütü**, s. 684.

²³⁰ **Söğütü**, s. 684.

²³¹ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 158; **Günel**, Zamanaşımı, s. 20; **Erdoğan**, Eşya, s. 90; **Söğütü**, s. 685.

3. Taşınmaz Mallar

Çalışmamız bakımından önemi olan taşınmaz malların birleşmesidir. Taşınmaz malların birleşmesi hususu, Roma hukukunda genellikle nehir faaliyetleri ile nehirlerin oluşturduğu arazi genişlemeleri üzerinden ele alınmıştır²³². Bu kapsamda Romalılar dört farklı durumdan bahsetmişlerdir. Bu durumlar *avulsio*²³³, *alluvio*²³⁴, *alveus derelictus* ve

²³² **Di Marzo**, s. 264.

²³³ Nehir akıntısının şiddetiyle bir taşınmazdan kopan parçaların başka malike ait bir taşınmaz ile birleşmesi *avulsio* kavramıyla ifade edilmektedir. Söz konusu parçanın bir bütün hâlinde diğer taşınmaz ile birleşmesi durumunda bu arazide bir genişleme meydana gelmektedir. Bu durumda arazisi genişleyen malik, diğer parçanın da maliki kabul edilmektedir. **Umur**, Eşya, s. 48; **Söğütlü**, s. 685. *Avulsio* hâlinde iki farklı kişiye ait toprak, toprak kayması veya deprem sonucu ani şekilde birleşmektedir. **Günal**, Zamanaşımı, s. 20. Ayrıca bkz. **Iust. Inst. 2.1.21**: “*Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo vicini haeserit, arboresque quas secum traxerit in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.*”

²³⁴ *Alluvio* yoluyla bir nehrin sularının toprak taşıyarak belirli bir bölgede yığılması sonucunda toprağı genişleyen arazi malikinin, söz konusu yığılma üzerinde de mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. **Umur**, Eşya, s. 48; **Söğütlü**, s. 685. Bu hâlde küçük toprak parçaları, hissedilemeyecek şekilde zaman içerisinde diğer toprak parçası ile birleşmektedir. **Di Marzo**, s. 265. Ayrıca bkz. **Iust. Inst. 2.1.20**: “*Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi acquiritur. est autem alluvio incrementum latens. per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur.*”

insula in flumine nata'dır²³⁵. Konumuz bakımından *alveus derelictus* ve *insula in flumine nata* hâllerinde paylı mülkiyet ortaya çıkabilmektedir.

a. *Alveus Derelictus*

Alveus derelictus, taşınmaz ile başka bir taşınmazın birleşmesi sonucunda gerçekleşen mülkiyetin aslen kazanılması yoludur. *Alveus derelictus* terimi, terk edilmiş nehir yatağı anlamına gelmektedir²³⁶. Konuyla ilgili metni inceleyelim:

D. 41.1.7.5 (*Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*)

“*Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit et <> flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident.*
(...)”

Alıntı yaptığımız metinde ifade edildiği üzere herhangi sebeple nehrin doğal yatağının yön değiştirmesi sonucunda bir arazi açığa çıkmaktadır. Bu durumda terk edilmiş nehir yatağına komşu arazilerin maliklerinin, nehir yatağının yön değiştirmesi sonucunda açığa çıkan arazi üzerinde paylı mülkiyete sahip oldukları kabul edilmektedir.

²³⁵ **Günel**, *Zamanaşımı*, s. 20.

²³⁶ **Di Marzo**, s. 265.

Maliklerin arazi üzerindeki payları ise arazilerinin nehir kıyısına bakan cepheleriyle orantılı olacak şekilde belirlenmektedir.

Yeni yatağından akmaya devam eden nehir ise, metinde ifade edildiği üzere nehirlerle ilişkin Roma hukukundaki genel kurala uygun olarak kamuya ait (*flumen publicum*)²³⁷ kabul edilmektedir.²³⁸

Bir süre sonra nehrin yatağını tekrardan terk etmesi ve eski yatağına dönmesi durumunda, kural tekrardan uygulanmak suretiyle, açığa çıkan arazi, nehre bitişik taşınmazların maliklerine ait kabul edilmektedir.

Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin kural bu olmakla birlikte, Iustinianus Dönemi'nde kuralın değiştiği düşünülmektedir.²³⁹

b. *Insula in Flumine Nata*

Alveus derelictus gibi *insula in flumine nata* da bir taşınmaz ile başka taşınmazın birleşmesiyle gerçekleşen mülkiyetin aslen kazanılması yoludur. *Insula in flumine nata* kavramı, nehirde doğan (oluşan) ada anlamına gelmektedir. Nehrin taşıdığı toprakların nehirde bir ada oluşturması durumunda gerçekleşmektedir ve *Digesta*'da bunun çok sık karşılaşılan bir durum olduğu vurgulanmaktadır²⁴⁰.

²³⁷ **Berger**, s. 361.

²³⁸ Benzer doğrultuda bkz. **Iust. Inst. 2.1.23**: “(...) *novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publici. (...)*”

²³⁹ **Di Marzo**, s. 265.

²⁴⁰ *Insula in flumine nata*'dan farklı olarak *insula in mari nata* kavramı, deprem veya volkanik faaliyet sebebiyle denizde ada oluşmasını ifade etmektedir. Bunun sık rastlanmayan bir olay olduğu ve oluşan adanın *res nullius* (sahipsiz mal) niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

İlgili metni incelemek gerekirse:

D. 41.1.7.3. (*Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*)

“Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. In flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.”

Alıntı yaptığımız metne göre denizde ada oluşması durumunun aksine nehirde sıklıkla adalar oluşabilmektedir. Bir adanın nehrin “ortasında” oluşması durumunda nehre kıyısı olan malikler, ada üzerinde, arazilerinin adaya bakan cepheleri oranında paylı mülkiyete sahip olmaktadır. Bununla birlikte, ortaya çıkan adanın, arazilerden birine daha yakın olması durumunda, adaya yakın olan arazinin maliki, adanın da maliki kabul edilmekteydi.

D. 41.1.29’da ise farklı bir duruma işaret edilmektedir:

D. 41.1.29 (*Paulus libro 16 ad Sabinum*)

“Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus

Böylelikle söz konusu adanın *occupatio* (işgal) yoluyla işgal edene ait olduğu belirtilmektedir.

Bkz. **Iust. Inst. 2.1.22:** *“Insula quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. (...)”*

*quoque divisis: quantum enim ante cuiusque eorum ripam est,
tantum, veluti linea in directum per insulam transducta,
quisque eorum in ea habebit certis regionibus.”*

Metne göre, nehirde oluşan ada bakımından bölünmemiş yani *pro indiviso* şekilde (paylı) mülkiyet oluşmamaktadır; aksine her malikin ada üzerinde tek kişi mülkiyeti *pro indiviso* oluşmaktadır. Nitekim bu metne göre maliklerin her biri *veluti linea in directum per insulam transducta* (âdeti adada boylu boyunca düz bir çizgi çizilmesi gibi) ada üzerinde hak sahibi kabul edilmektedir. Böylece ortaya çıkan adada mülkiyet, malikler arasında taksim edilmiş olmaktadır.

Digesta’daki iki metnin birbiriyle çeliştiği anlaşılmaktadır. Çelişkinin sebebi olarak Gaius’a ait ilk metnin *interpolatio* yoluyla değiştirilmesi gösterilmektedir. Doktrinde, nehirde oluşan ada üzerinde paylı mülkiyetin *pro indiviso* şekilde kurulmasına yönelik fikrin Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’ne ait olduğu belirtilmektedir²⁴¹.

Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının mülkiyetin kazanıldığı hâlleri olabildiğince tek kişi mülkiyetinin teşvik edilmesi yönünde ele almaya çalıştıkları düşünüldüğünde, nehrin ortasında doğan ada üzerinde paylı mülkiyetin kabul edildiği Gaius’a ait metnin, döneminin bireyci mülkiyet anlayışı ile bağdaşmadığı söylenebilir. Bu nedenle metnin *interpolatio* yoluyla Klasik Hukuk Dönemi’den sonra değiştirilmiş olması muhtemeldir.

²⁴¹ **Van Warmelo, P.:** “Aspects of Joint Ownership in Roman Law” Legal History Review (1957), C. 25, Sa. 2, s. 125-195, s. 131-132.

IV. *Confusio* ve *Commixtio*

Asıl mal ile yan mal ayrımı yapılamayacak ve *nova species* meydana getirmeyecek şekilde malların karışması hâli, Roma hukukunda *confusio* (sıvı malların karışması) ve *commixtio* (katı malların karışması) kavramlarıyla ifade edilmekteydi²⁴².

Karışma durumunda hangi hâllerde paylı mülkiyetin ortaya çıktığı hususu Roma hukukunda tartışmalıydı²⁴³.

²⁴² **Pampaloni, M.:** “Appunti sulla Confusione e sulla Commistione” B.I.D.R. (1929), Sa. 37, s. 33-52, s. 33, 38; **Di Marzo**, s. 266; **Günel**, Zamanaşımı, s. 21; **Söğütlü**, s. 685; **Erdoğan**, Eşya, s. 91; **Umur**, Eşya, s. 50.

²⁴³ Söz konusu tartışmalar hakkında bkz. **Erdoğan**, Eşya, s. 92; **Van Warmelo**, s. 132 vd. Çağdaş hukukumuzda göre paylı mülkiyetin ortaya çıkması bakımından taşınır malların birbiriyle karışması ve birleşmesi hâlleri birlikte değerlendirilmektedir. TMK m. 776/I uyarınca “Birden çok kişinin taşınır malları önemli bir zarara uğratılmadan veya aşırı bir emek ve para harcanmadan ayrılmayacak şekilde birbiriyle birleşmiş veya karışmışsa o kişiler, yeni şey üzerinde kendi taşınır mallarının birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olurlar.” Bu durumda paylı mülkiyetin taraflar arasında kanun gereği kurulduğu kabul edilmektedir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 348-349; **Sirmen**, s. 386; **Eren**, s. 92. Doktrinde bu hâldeki paylı mülkiyet, “maddi fiile dayanan paylı mülkiyet” olarak da adlandırılmaktadır. **Kılıçoğlu**, s. 245. Bahsi geçen hâlde paylı mülkiyetin kurulabilmesi için karışan ve birleşen taşınırlardan birinin, asıl şeyin bütünleyici parçası olmaması gerekmektedir. Nitekim bu hâlde, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, yeni şey üzerinde paylı mülkiyet yerine tek kişi mülkiyeti doğmaktadır ve mülkiyet hakkı asıl şeyin malikine ait kabul edilmektedir. Karışan veya birleşen mallar açısından asıl mal-bütünleyici mal ayrımı yapılamıyorsa ancak bu durumda yeni şey üzerinde paylı mülkiyet kurulduğu kabul edilmektedir. **Eren**, s. 92.

Konu hakkındaki tartışmalı metinleri inceleyelim:

D. 41.1.7.8 (*Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*)

“Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit, sive eiusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt vel argentum conflaverunt, sive diversae, veluti si alius vinum contulerit alius mel, vel alius aurum alius argentum: quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species.”

Metinden anlaşıldığına göre iki malikin kendi istekleriyle (*voluntas*) mallarını karıştırmaları durumunda; malların aynı cinsten (şarap-şarap veya gümüş-gümüş karışımı) veya farklı cinsten (şarap-bal karışımı) olmasına bakılmaksızın karışım sonucunda ortaya çıkan malın, maliklerin paylı mülkiyetinde olduğu (*commune totum corpus efficit*) belirtilmektedir. Başka bir anlatımla, metne göre mallarını karıştıran iki malikin kendi niyetleri sonucunda, ortaya çıkan malın bütünü üzerinde paylı mülkiyet meydana gelmektedir.

Söz konusu kuralın benzerine Iustinianus'un *Institutiones*'inde de yer verilmektedir. Sonuca etki etmemekle birlikte, *Institutiones*'teki metnin sonuna, *Digesta*'dan farklı olarak, yeni bir kısım eklendiği anlaşılmaktadır. Şöyle ki:

Iust. Inst. 2.1.27

“Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus quod ex confusione fit utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint aut massas argenti vel auri conflaverint. sed si diversae materiae sint et ob id propria

species facta sit, forte ex vino et melle mulsum aut ex auro et argento electrum, idem iuris est: nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. quodsi fortuitu et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit.”

“Eğer iki malzeme, maliklerinin rızası ile birbirlerine karıştırılırsa (*confusio*), bunun neticesi, elde edilen madde, müştereken her ikisinin olur; mesela, şarapları karıştırmışlarsa veya gümüş ile altınlarını beraber eritmişlerse, vaziyet böyledir. Başka malzeme olmakla ve yeni bir madde meydana gelmekle beraber, şarap ve bal ile *mulsum* veya altın ve gümüş ile *electrum* yapılsa, hukuki durum yine aynıdır: zira bu hâlde de yeni maddenin müşterek olduğunda hiç şüphe yoktur. Maliklerin iradesiyle değil de tesadüfen birbirinden ayrı veya aynı neviden malzemeler karışmış olsa, yine aynı hukuki kaide cari olur.”²⁴⁴

Digesta’daki metinden farklı olarak “*quodsi fortuitu et non voluntate dominorum*” ile başlayan kısımda, şans eseri ve maliklerin isteklerinden bağımsız olarak sıvı malların karışması durumu ayrıca ele alınmaktadır. Gerek aynı cinsten malların gerek farklı cinsten sıvı malların maliklerin istekleri olmadan karışması durumunda, aynı kuralın uygulanması gerektiği, başka bir ifadeyle karışan mallar üzerinde paylı mülkiyetin mevcut olduğu, metinde ifade edilmektedir.

²⁴⁴ **Umur, Z.:** Iustinianus Institutones, İstanbul 1968, s. 83.

Institutiones metninde üç farklı durum (maliklerin istekleriyle aynı cins sınıfların karışması; maliklerin istekleriyle farklı cins sınıfların karışması; maliklerin istekleri dışında sınıfların karışması) ele alınıyor gibi bir izlenim yaratılmıştır. Fakat üç durum da aynı sonuca bağlanmıştır. *Digesta*'daki metinden farklı olarak *Institutiones*'teki metnin bu bakımdan kötü bir şekilde yapılandırıldığı düşünülmektedir. Bu noktada *compilatores* tarafından yaratılan iki metin arasındaki farklılığın sebebi doktrinde, *Digesta* ve *Institutiones* hazırlanırken *Libri Rerum Cottidianarum*'un farklı nüshalarının kullanılmış olmasına dayandırılmaktadır. Ayrıca iki metinde de *voluntas* sözcüğünün yer alması, metinlerin Klasik Hukuk Dönemi'nden sonra geliştirilen hukuki kavramları ve fikirleri taşıdığını düşündürmektedir²⁴⁵.

Institutiones'te bir sonraki metinde katı malların karışması durumu ele alınmaktadır:

Iust. Inst. 2.1.28

“Quodsi frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cuiusque propria fuerunt ex consensu vestro communicata sunt. quodsi casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum quam grex communis esse intellegitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint: sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit,

²⁴⁵ Pampaloni, s. 34; Van Wermelo, s. 132-133.

arbitrio autem iudicis continetur, ut is aestimet, quale cuiusque frumentum fuerit.”

“Senin buğdayına *Titius*’un buğdayı karıştığı zaman, bu karışma iradenizle yapılmışsa, mal müşterek olur, zira her birinize ait olan her kısım, yani her buğday tanesi, kendi arzunuzla müşterek vaziyete gelmiştir. Bu karışma tesadüfen olmuşsa veya senin arzun olmadan *Titius* tarafından yapılmışsa mal müşterek olmaz, zira her kısım, yani her buğday tanesi, mahiyetini muhafaza etmekte devam eder. Bu vaziyette, nasıl senin hayvanlarına *Titius*’un hayvanları karıştığı vakit sürü müşterek vaziyete gelmezse, öylece buğday karışması da müşterek mal meydana getirmez: fakat buğdayın tamamı ikinizden birinin nezdinde ise, aynî dava, her birinin buğdayı nispetinde verilir: her birinin buğdayının hangisi olduğu hâkim tarafından takdir edilir.”²⁴⁶

Alıntı yaptığımız metne göre maliklerin istekleri doğrultusunda tahıllarının karışması durumunda, örneğin *Titius*’un tahılının sizin tahılınızla karıştırılması durumunda, ortaya çıkan karışımda paylı mülkiyet söz konusu olmaktadır. Zira maliklerin istekleriyle paylı mülkiyet ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, karışım tesadüfen meydana geldiyse veya başka birinin örneğin *Titius*’un sizin isteğiniz olmadan sizin malınızla karışım elde ettiği durumda, karışım üzerinde paylı mülkiyet kabul edilmemektedir.

²⁴⁶ **Umur**, Institutiones, s. 83-84.

Yine metne göre, tahılın tamamının bu kimselerden birinin elinde bulunması durumunda, diğerinin kendi payı için *actio in rem* (aynî dava)²⁴⁷ açması gerektiği kabul edilmektedir. Burada *actio in rem*'in malik tarafından karışan malların tamamına ilişkin olarak açılması ise mümkün değildir. Zira malikin *actio in rem*'i, karışımındaki kendi payı

²⁴⁷ Roma usûl hukuku açısından davaların sınıflandırılmasında *actio in rem* (aynî dava) ile *actio in personam* (şahsi dava) önemli bir ayrımdır. Çağdaş hukukta geçerliliğini bulan aynî hak ile şahsi hak arasındaki ayrım, Roma hukukunda aynî dava ile şahsi dava biçiminde tezahür etmektedir. *Actiones in rem* (aynî davalar), hak sahibi ile mal arasındaki ilişkiden ortaya çıkan hakların ileri sürülmesini sağlamaktadır. Bu hususta bkz. **Gai. Inst. 4.1-3**: “*Superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus, quot genera actionum sint, uerius uidetur duo esse, in rem et in personam. nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animaduerterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse. 2. In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamue ducendi uel altius tollendi prospiciendiue, aut cum actio ex diuerso aduersario est negatiua.*” Bir aynî davada, dava konusu kapsamında *formula*'nın *intentio* kısmında, çekişmeli hakka sahip kişinin adı ve çekişmeli malın özellikleri mutlaka bulunmalıdır. *Formula*'nın *intentio* kısmında fazla talepte bulunulması durumunda, talep gerçeği yansıtmadığı için, davalı yargılama sonucunda beraat etmektedir. Davacı ise hakkını kesin olarak kaybetmektedir. Nitekim çekişmeli durum tekrardan bir dava konusu yapılamaz. Bu nedenle *formula*'nın *intentio* kısmında dava konusunun gerçeğe uygun şekilde gösterilmesi oldukça önemlidir. **Türkoğlu Özdemir, G.:** Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ankara 2004, s. 85-86. Paylı mülkiyette mal üzerindeki belirli bir paya ilişkin istihkak talepleri, bu noktada daha önemli hâle gelebilmektedir.

için açması gerekmektedir. Kimin payının ne kadar olduğunu ise hâkimin takdir edeceği, metnin sonunda ifade edilmektedir.

Metinde bahsi geçen *actio in rem* (aynî dava)’den anlaşılması gereken *rei vindicatio* (istihkak davası)’dur.

Metinden anlaşıldığı üzere, katıların karışmasına örnek olarak gösterilen tahılların karışması durumunda, tahılların *singula corpora* niteliğinin, başka bir anlatımla her bir tahıl parçasının tek başına mahiyetini kaybetmeyen yapısının, her ne kadar tahıl tanelerini münferit şekilde tespit edebilmek mümkün olmasa da, karışma sonucunda etkilenmediği düşünülmektedir²⁴⁸. Dolayısıyla karışma sonrasında da farklı maliklerin mülkiyetlerinin tahıllar üzerinde bağımsızlığını bir şekilde korumaya devam ettiği kabul edilmektedir.

Aynı metinde farklı kimselere ait sığır sürülerinin karışması durumu ayrıca ele alınmaktadır. Buna göre örneğin *Titius*’un sığırlarının sizin sığırlarınızla karışması durumunda, sürü üzerinde paylı mülkiyetin söz konusu olmadığı belirtilmektedir ve bu durumun tesadüf eseri, kişilerin isteği dışında mallarının karışması durumu ile benzer olduğu ifade edilmektedir.

Burada da sürü, bir mal topluluğu oluşturduğu için *actio in rem* (aynî dava)’in konusunu sürüdeki tek tek hayvanlar yerine, sürünün kendisi oluşturmaktadır. Sürüdeki her bir hayvan kendi bağımsız varlığını korumaya devam ettiği için sürülerin karışması durumunda paylı mülkiyetten söz edilememektedir²⁴⁹.

²⁴⁸ **Di Marzo**, s. 267.

²⁴⁹ Sürü bakımından istihkak iddiasının nasıl olması gerektiği hakkında bkz. **D. 6.1.1.3 (Ulpianus libro 16 ad edictum)** “*Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit. Idem et de*

Konuyla ilgili başka bir metni inceleyelim:

D. 6.1.3.2 (Ulpianus libro 16 ad edictum)

“Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum sed pro parte esse vindicandum. Ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.”

Alıntı yaptığımız metinde, Pomponius’un görüşlerine yer verilmiştir. Metne göre farklı maliklere ait aynı türden malların birbirinden ayrılamayacak şekilde karışması durumunda, istihkak iddiasının malın tamamına yönelik ileri sürülemeyeceği; fakat *pro parte* (malikin payıyla orantılı olarak) ileri sürülmesi gerektiği belirtilmektedir. Metinde bir malike ait gümüş ile başka malike ait gümüşün karışmasıyla meydana gelen malda paylı mülkiyetin kurulduğu belirtilmektedir. Bu durumda her malikin kendi payı oranında istihkak iddiasında bulunması gerektiği belirtilmektedir. [*erit nobis commune, et*

armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur.” D. 6.1.23.5 (Paulus libro 21 ad edictum) “(…) At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohaerentibus corporibus eveniret: nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.”

unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet. (mülkiyet) bizim için ortak olacaktır ve her birimiz bütün içindeki payımızı, payımız belirsiz olsa bile, talep edebiliriz.]

Benzer hususta iki metni ele alalım:

D. 6.1.5 pr. (Ulpianus libro 16 ad edictum)

“Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse: quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio.”

D. 6.1.5.1 (Ulpianus libro 16 ad edictum)

“Idem scribit, si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari: sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet. Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actio. Sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si aes et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum: nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia etsi confusa manet tamen.”

Yine Pomponius’a ait görüşlere yer verilen **D. 6.1.5 pr.** metnine göre, iki kişiye ait tahılın kişilerin istekleri olmadan karışması durumunda, her bir malikin bütün içinde kendisine ait kabul edilen kısma ilişkin *actio in rem* (aynî dava) imkânına sahip olduğu

belirtilmektedir. Başka bir anlatımla, tahılların maliklerin istekleri dışında karışması durumunda Pomponius, paylı mülkiyeti kabul etmemektedir. Bununla birlikte, Pomponius, tahılın kişilerin istekleri ile karışması durumunda paylı mülkiyetin mevcut olduğunu ve bu durumda *actio communio dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası)'nın açılabilirdiğini düşünmektedir.

Tekrardan Pomponius'a ait görüşlere yer verilen **D. 6.1.5.1** metnin ilk bölümünde, bir kimseye ait balın, başkası tarafından şarapla karıştırılarak bir karışım elde edilmesi durumu ele alınmıştır. Söz konusu durumda paylı mülkiyetin ortaya çıktığına yönelik görüşlere Pomponius'un karşı çıktığı anlaşılmaktadır. Zira ortaya çıkan karışımın bal ile şarap özünü veya karışmadan önceki karakterini yitirmiş durumdadır. Bu nedenle Pomponius'a göre karışımın mülkiyetinin, karışımı yapan kişiye ait olması gerekmektedir. Bu kısımda *specificatio* (işleme, hukuki taşıma)²⁵⁰ bahis konusu edilmektedir ve konunun paylı mülkiyet ile ilgisi bulunmamaktadır²⁵¹.

Aynı metinde ikinci olarak kurşun ve gümüş karışımından bahsedilmektedir. Söz konusu karışımın kurşun ile gümüş birbirinden ayrılabilirdiği için Pomponius'a göre paylı mülkiyet mevcut değildir ve *actio communio dividundo*'dan bu durumda bahsedilemez.

²⁵⁰ *Specificatio*, bir kimsenin başkasına ait malzeme ile yeni niteliğe sahip bir mal meydana getirmesini ifade etmektedir. Burada mülkiyetin aslen kazanıldığı diğer hâllerden farklı olarak insan emeği ile bir malın işlenmesi söz konusudur. Başkasına ait malın işlenmesi durumunda ortaya çıkan yeni malın mülkiyetinin kime ait olacağı, Roma hukukunda farklı hukuk okulları açısından tartışmalı bir meseledir. **Gökalp**, Zamanaşımı, s. 21-23; **Erdoğan**, Eşya, s. 93-94; **Leesen, T. G.**: “Produced and Bottled in Rome – Who Owned the Wine? The Controversy About *Specificatio*” RIDA (2006), Sa. 52, s. 265-282.

²⁵¹ Metinde *specificatio*'ya yer verilmiş olmasının metnin akışına uygun olmadığı hakkında bkz. **Pampaloni**, s. 34.

Dikkat edileceği üzere yukarıda bahsi geçen tahılların karışması durumu ile burada benzerlik kurulmuştur. Nitekim malların ayrılabilirdi ve karışma sonucunda ferdiyetini koruyabildikleri durumlarda, paylı mülkiyetin mevcut olmadığı vurgulanmaktadır. Bu nedenle metinde de ifade edildiği gibi, bu konuda *actio communi dividundo* mümkün olmamakla birlikte, *actio in rem* kabul edilmektedir.

Bundan başka, metinde, ayrılmanın mümkün olmaması durumunda, örneğin bakır ve altın karışması hâlinde, maliklerin *pro parte* (payı için, payıyla orantılı olarak) istihkak iddiasında bulunabileceği belirtilmektedir. Nitekim Pomponius'a göre bal ile şarap karışımından farklı olarak bu örnekte mallar birbiriyle karışmış olmasına rağmen, kendi karakterlerini korumaya devam etmektedirler [*quia utraque materia etsi confusa manet tamen*].

Bahsi geçen metinler kapsamında üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır. Buna göre öncelikle, Romalı hukukçular tarafından *confusio* ve *commixtio*'da hukuki rejim açısından bir ayrım yapıp yapılmadığı hususu önem arz etmektedir. Ayrıca, maliklerin rızalarının karışma durumuna etkisi olup olmadığı hususu ayrıca ele alınmalıdır.

Metinler incelendiğinde karışan maddelerin türü özelinde farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Bu bakımdan maddelerin karışımından sonra kendi karakterini koruyup korumamasının Romalı hukukçular açısından önem arz ettiği anlaşılmaktadır.

Genel bir sonuca varmak gerekirse; karışma maliklerin rızası ile gerçekleşmişse paylı mülkiyet söz konusu olmaktadır. Her malik, paylı mülkiyet birliğine kendi payı oranında katılmaktadır ve bu durumda karışan malların katı veya sıvı niteliği ile malların

ayrılıp ayrılmaması esasen önem arz etmemektedir²⁵². Paylı mülkiyet kurulduktan sonra paydaşlar ortaklığı gidermek isterlerse, *actio communi dividundo*'ya başvurabilmektedir.

Katı malların karışması, maliklerin rızası dışında meydana gelmişse her bir malik *actio in rem* (aynî dava) niteliğindeki *rei vindicatio* aracılığıyla malını talep edebilmektedir. Fakat buradaki *rei vindicatio*'nun Roma hukuku kurallarına göre *pro parte* açılması gerekmektedir. Bu hâllerde ne paylı mülkiyetten ne ortaklığın giderilmesi davası anlamını taşıyan *actio communi dividundo*'dan söz edebilmek mümkündür. Bu noktadan hareketle, birleşmede olduğu gibi karışma hususunda da Romalı hukukçuların olabildiğince tek kişi mülkiyetinin kurulmasına yönelik olarak konuyu ele aldıkları anlaşılmaktadır. En azından Pomponius'un görüşlerinin bu yönde olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Fakat Pomponius'un görüşünün döneminin ortak veya baskın görüşünü yansıtıp yansıtmadığını söylemek, elimizdeki metinlere göre mümkün değildir.

Iustinianus Dönemi açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, konuyla alakalı kaynaklarda bu dönemde *interpolatio* yoluyla değişiklikler yapıldığı bilinmektedir. Nitekim Iustinianus Dönemi'nde tesadüfi hâllerde meydana gelen paylı mülkiyet, farklı bir sistematikte *communio incidens* (tesadüfi *communio*) kavramıyla *quasi contractus* (sözleşme benzerleri) çatısı altında ele alınmaktadır²⁵³. İlgili metinlerde değişiklik yapılmasının ve bunun sonucu olarak çelişkili ifadelerin ortaya çıkmasının Iustinianus Dönemi'nde getirilen bu sistematik farklılığa dayandığını düşünüyoruz.

²⁵² Romalıların *confusio* ve *commixtio* hâllerini farklı kurallarla düzenlendiğini düşünen yazarlar da vardır. Bu hususta bkz. **Pampaloni**, s. 38.

²⁵³ Bkz. *İkinci Bölüm*'de Iustinianus Dönemi'ndeki *Communio Incidens Sınıflandırması* başlığı

Burada en önemli husus *rei vindicatio* (istihkak davası) kapsamındaki iddianın, malikin karışımındaki payı oranında ileri sürülmesi gerekliliğidir²⁵⁴. Bu kapsamda *rei vindicatio partis* esasen, *rei vindicatio*'nun işlevinden farklı bir işleve sahip değildir²⁵⁵. Bununla birlikte, davacı paydaşın Roma usûl hukuku tarafından geliştirilen ilkeler doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir.

Genellikle *rei vindicatio*'da davacının, malın bütünü üzerinde hak sahibi olduğu görülmektedir. Fakat aynı mal üzerinden birden fazla kişinin hak sahibi olduğu paylı mülkiyette, malın birden fazla maliki vardır. Bu durumda bir paydaş diğer paydaşa *rei vindicatio* açmak isterse, paydaşın kendi payını açıkça belirtmesi gerekmektedir²⁵⁶.

D. 50.16.239.9 (*Pomponius libro singulari enchiridii*)

“Verbum “suum” ambiguum est, utrum de toto an de parte significat. Et ideo qui iuret suum non esse, adicere debet neque sibi communem esse.”

“Onun [malı]” kelimesinin malın tamamını mı bir kısmını mı ifade ettiği belirsizdir. Bu nedenle bir şeyin kendine ait olmadığı hususunda yemin eden kimse, o şeyde paylı mülkiyetinin olmadığını ayrıca belirtilmelidir.

Alıntı yaptığımız metne göre istihkak davasında davacı malikin, bir paylı mülkiyet birliği içinde paydaş olduğu durumlarda, dava *formula*'sının *intentio* kısmında çekişmeli malın tamamının veya belirli bir kısmının kendisine ait olduğu hususunda açıklama

²⁵⁴ **Umur**, Eşya, s. 87.

²⁵⁵ **Van Walmelo**, s. 137.

²⁵⁶ **Türkoğlu Özdemir**, Plus, s. 91-92.

yapması gerektiği belirtilmektedir. Zira davacı, söz konusu açıklamayı yapmaması durumunda dava konusunu tam olarak gösterme yükünü yerine getirmemiş olmaktadır. Bunun sonucunda davacı davasını kaybetmektedir. Fakat burada fazla talepte bulunmadığı için, sonrasında payını tam olarak gösterdiği yeni bir dava açarak talebini ileri sürebilir²⁵⁷.

Bununla birlikte, paydaş istihkak davasına ilişkin *formula*'nın *intentio* kısmında dava konusu mal üzerinde gerçekte sahip olduğundan daha fazla payı olduğunu iddia etmişse, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, davasını yine kaybetmektedir. Fakat burada, yukarıda bahsedilenden farklı bir sonuç daha doğmaktadır. Roma usûl hukuku kuralları gereği aynı konu hakkında ikinci bir dava açılması yasaklanmıştır. Bu nedenle davacının, hatasını düzelterek aynı konu hakkında tekrardan dava açması durumunda, kesin hükmün mevcudiyeti, yargılama engeli yaratmaktadır²⁵⁸. Bu durum, Roma usûl hukuku kuralları çerçevesinde davacının dava konusunu tam olarak belirlemesi yükümlülüğünün bir yansımasıdır.

V. *Thesaurus*

Başkasına ait bir arazide *thesaurus* (define) bulunması, Roma hukuku kuralları gereği paylı mülkiyetin ortaya çıktığı hâllerdendir.

A. Kavram

Digesta'da *thesaurus* (define)'un tanımına yer verilmiştir:

²⁵⁷ Türkoğlu Özdemir, Plus, s. 92.

²⁵⁸ Türkoğlu Özdemir, Plus, s. 92.

D. 41.1.31.1 (*Paulus libro 31 ad edictum*)

“Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat: sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est Thensaurus: cuius etiam furtum fit.”

Define, eskiden saklanmış, hatırlanmayan, artık sahibi olmayan birtakım eşyadır. Böylelikle kimseye ait olmayan şey, bulan kişiye ait olur. Öte yandan, bir kimse kazanç elde etmek maksadıyla veya korkutularak veya saklama maksadıyla bir şeyi toprağın altına gömerse, bu durumda define söz konusu olmaz: aksine [o şeyi bulan bakımından] hırsızlık söz konusu olur²⁵⁹.

Kıymetli bir taşınır mal (esas olarak para) olan *thesaurus*, uzun süre boyunca saklanmış ve sahibinin kim olduğu artık bilinmeyen ya da kimliğinin tespit edilemediği define anlamına gelmektedir²⁶⁰.

Paulus’tan alıntılanan metindeki kurala göre define, onu bulan kişiye ait kabul edilmektedir. Bu bakımdan “zaman, onu saklayanın her türlü hatırasını silmiş

²⁵⁹ TMK m. 772’de benzer bir tanımlama yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre “*Bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık malikinin bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler, define sayılır.*”

²⁶⁰ Berger, s. 737.

olduğundan, define *res nullius*²⁶¹ kabul edilmekteydi²⁶². Roma hukukunda bu kuralın, genellikle arkaik dönem açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir.

B. Roma'nın Farklı Siyasi Dönemlerinde *Thesaurus* Uygulaması

Thesaurus'a ilişkin kurallar Roma'nın siyasi dönemlerinde değişiklik göstermektedir²⁶³. Nitekim *thesaurus* konusu, Roma devleti açısından siyasi bir meseledir.

1. Cumhuriyet Dönemi

Bazı kaynaklara göre Cumhuriyet Dönemi'nde define, gömüldüğü veya saklandığı taşınır veya taşınmaz malın malikine ait kabul edilmektedir. Bu döneme ilişkin farklı kaynaklarda ise definenin sahipsiz mal sayılarak *occupatio* yoluyla mülkiyetinin kazanılmasının kabul edildiği de anlaşılmaktadır²⁶⁴.

2. *Principatus* Dönemi

Principatus Dönemi'nde *thesaurus* hususunda farklı imparatorların farklı kurallar getirdiği anlaşılmaktadır²⁶⁵. Buna göre Augustus, vatandaşlarca bulunan definenin devlet

²⁶¹ *Res nullius* sahipsiz mal anlamına gelmektedir. **Umur**, Lügat, s. 182; **Berger**, s. 679.

²⁶² **Di Marzo**, s. 260.

²⁶³ TMK m. 772'nin ikinci fıkrasına göre bilimsel değer taşıyan eşyaya ilişkin hükümler saklı tutulmak suretiyle definenin, içinde bulunduğu taşınmaz veya taşınır malın malikinin olacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, maddenin üçüncü fıkrasında defineyi bulan kişinin, definenin değerinin yarısını aşmamak suretiyle uygun bir ödül isteyebileceği belirtilmiştir.

²⁶⁴ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 154.

²⁶⁵ **Günel**, Zamanaşımı, s. 19.

hazinesine ait olduğunu kabul etmiştir; Nero, definenin bulan kişiye ait olduğuna hükmetmiştir; Vespasianus definenin devlete ait olduğu kuralını tekrar getirmiştir²⁶⁶.

Hadrianus, definenin bulan kişiye ait olduğunu belirtmekle birlikte, kişinin defineyi başkasının arazisinde bulması durumunda, definenin yarısının bulan kişiye; diğer yarısının arazi sahibine ait olacağı kuralını getirmiştir. Arazinin devlete ait olması durumunda ise definenin yarısı devlete ait kabul edilmiştir²⁶⁷.

3. *Dominatus* Dönemi

İmparator Constantinus, definenin yarısının bulan kişiye; yarısının ise devlete ait olacağı kuralını getirmiştir²⁶⁸.

Hadrianus zamanındaki kuralın İmparator Iustinianus tarafından tekrar benimsendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu kural, Iustinianus'un *Institutiones*'inde yer almaktadır²⁶⁹:

²⁶⁶ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 154-155.

²⁶⁷ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 155; Umur, Eşya, s. 44-45; Günal, Zamanaşımı, s. 19; Erdoğan, Eşya, s. 87; Di Marzo, 260.

²⁶⁸ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 155.

²⁶⁹ Benzer bir kural Iustinianus'un *Codex*'inde yer almaktadır. **Cod. Iust. 10.15.1 (Imperatores Leo, Zeno):** “*Nemo in posterum super requirendo in suo vel alieno loco thesauro vel super invento ab alio vel a se effusis precibus pietatis nostrae benignas aures audeat molestare. * leo et zeno aa. epinico consulari. Nam in suis quidem locis unicuique, dummodo sine sceleratis ac puniendis sacrificiis aut alia qualibet arte legibus odiosa, thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia) quaerere et invento uti liberam tribuimus facultatem, ne ulterius dei beneficium invidiosa calumnia persequatur, ut superfluum sit hoc precibus postulare, quod iam lege permissum est, et imperatoriae magnanimitatis videatur*

Iust. Inst. 2.1.39

“Thesaurus, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit qui invenerit. idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. at si quis in alieno loco non data ad hoc opera sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. cui conveniens est et si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.”

“İlahi Hadrianus, tabii hakkaniyete uyarak, defineleri, kendisine ait olan bir yerde bulmuş olana bıraktı: mukaddes

praevenire liberalitas postulanda. In alienis vero terrulis nemo audeat invitis, immo nec volentibus vel ignorantibus dominis opes abditas suo nomine perscrutari. Quod si nobis super hoc aliquis crediderit supplicandum aut praeter huius legis tenorem in alieno loco thesaurum scrutatus invenerit, totum hoc locorum domino cedere compellatur et velut temerator legis saluberrimae puniatur. Quod si forte vel arando vel alias terram alienam colendo vel quocumque casu, non studio perscrutandi, in alienis locis thesaurum invenerit, id quod repertum fuerit dimidia retenta altera data cum locorum domino patiat. ita enim eveniet, ut unusquisque suis fruatur et non inhiat alienis.” Metinde de vurgulandığı üzere, bir başkasının arazisinde ekim yaparken veya tarlayı sürerken veya herhangi bir durumda, esasen define arama niyetinde olmamakla birlikte, bir kimse define bulursa, bulduğu şeyin yarısını elinde tutma hakkına sahiptir. Diğer yarısı üzerindeki hak ise arazi sahibine ait kabul edilmektedir. Metnin sonunda da belirtildiği gibi bu yolla herkes kendi mülkiyet hakkından fayda sağlayabilmektedir ve başkalarının hakkını kullanmasına engel olmamaktadır.

veya dini bir yerde, tesadüfen define bulmuş olan kimseye de aynı hakkı tanıdı. Başkasına ait bir yerde ve aramak suretiyle değil de tesadüfen bulunan defineye gelince, yarısını bulana, yarısını da arazi sahibine terk etti: keza buna uygun olarak, bir kimse Caesar’a ait bir yerde define bulursa, yarısının bulana, yarısının Caesar’a ait olacağını tensip etti. Yine bu suretle, bir kimse, hazineye veya ammeye veyahut bir şehre ait yerde define bulursa, yarısı kendisinin diğer yarısı da şehrin veya hazinenin olur.”²⁷⁰

VI. Diğer Hâller

Daha önce de izah edildiği üzere Roma hukukunda paylı mülkiyete vücut veren hallerden en önemlisi *societas* olmakla birlikte, bunun dışındaki bazı hukuki işlemlerden de paylı mülkiyet meydana gelebilmektedir. Roma hukukunda paylı mülkiyet *emptio venditio* (satış sözleşmesi), *legatum* (belirli mal bırakma) ve *hereditas* (miras) gibi hallerden de doğabilmektedir.

A. *Servus Communis*

Servus communis, birden fazla malike ait olan ortak köle anlamına gelmektedir²⁷¹.

Birden fazla kimsenin bir hukuki işlemle örneğin *emptio venditio* (satış sözleşmesi) ile bir köle satın alması durumunda *servus communis* olarak adlandırılan köle üzerinde paylı mülkiyet kurulmaktaydı. Daha önce de belirttiğimiz gibi²⁷² *servus*

²⁷⁰ **Umur**, Institutiones, s. 89.

²⁷¹ **Umur**, Lügat, s. 194; **Altö, S.:** Roma Hukuku’nda Kölelik, İstanbul 2002, s. 38.

²⁷² Bkz. Birinci Bölüm’de Soyut Pay Kavramı başlığı

communis, efendilerinin tamamına ait kabul edilmekteydi. Bununla birlikte *servus communis* efendilerinin her birine bir bütün hâlinde değil bölünmemiş paylar hâlinde aitti. Öyle ki efendilerin, *servus communis* üzerinde fiziken veya somut olarak bölünmüş payları bulunmamaktaydı; köle üzerinde soyut veya düşünsel olarak varlığı kabul edilen paylara sahip oldukları kabul edilmekteydi.

Birden fazla kimsenin bir köle üzerinde egemenlik kurmak istemesinin çeşitli sebepleri vardı. Her şeyden önce kişilerin ekonomik olarak tek başına bir köleye sahip olamadıklarını düşünmek akla uygun görünmektedir. Ayrıca üzerinde paylı mülkiyet kurulan kölelere genellikle *peculium* (sermaye) vererek efendiler, kölenin çeşitli hukuki işlemler yapmasını sağlayarak köle üzerinden kazanç elde etmeyi de hedeflemektelerdi. Benzer şekilde kölelerini bir işletmenin başına geçirerek de köleleri üzerinden kazanç elde edebilirlerdi.

Roma hukukunda köle, istisnai bir statüye sahipti. Nitekim *res* (mal) kabul edilen köle, diğer *res*'lerden farklı olarak iradeye sahip bir varlıktı. Bu ise kölenin hukuki durumunun, diğer *res*'lerden ayrışmasına yol açmaktaydı. Üzerinde paylı mülkiyet birliği kurulan *servus communis*'in hukuki durumu, bu bakımdan üzerinde tek kişi mülkiyeti kurulan kölenin hukuki durumundan daha karmaşıktı. Nitekim köleye, kölenin efendisiyle veya üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkisine dair her kural, *servus communis*'in birden fazla efendisi olduğu için daha karmaşık bir durum oluşturmaktaydı. Özellikle *servus communis*'in azat edilmesi işlemi, diğer kölelerin azat edilmesinden farklı kurallara tabiydi²⁷³.

²⁷³ Bu hususta bkz. Üçüncü Bölüm'de *Manumissio* başlığı

B. Legatum

Roma hukukunda paylı mülkiyete vücut veren hâllerden diğeri *legatum* (belirli mal bırakma)'dur. Kavram mirasçıya yükümlülük yüklemek anlamına gelen *legare* fiilinden türetilmiştir. *Legatum*, *ius civile* tarafından geçerli kabul edilen mal vasiyetlerini ifade etmektedir ve kurumun XII Levha Kanunu'ndan itibaren mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁷⁴.

Roma hukukunda, *legatum*, vasiyet bırakan kişiye ait bir ölüme bağlı tasarruf idi. Vasiyet bırakan kişi, söz konusu tasarrufla, mirasçısı aleyhine belirli mallarını kazandırmaktaydı²⁷⁵.

Roma hukukuna göre farklı kelimelerin kullanılmasına bağlı olarak *legatum*'un farklı türleri olduğu düşünülmektedir²⁷⁶. Konumuz açısından önemli olan *legatum* ile

²⁷⁴ **Günel, A. N.:** “Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, AÜHFD (1995), C. 44, Sa. 1, s. 425-442, s. 438; **Küçükgüngör, E.:** Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus), Ankara 1998, s. 57.

²⁷⁵ **Küçükgüngör, E.:** Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, AÜHFD (1996), C. 45, Sa. 1, s. 505-531, s. 516.

²⁷⁶ *Legatum*'un dört türü hakkında bkz. **Iust. Inst. 2.20.2:** “*Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo per praeceptionem: et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitas huiusmodi verborum penitus sublata est. nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, et non verbis sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus legatis una sit natura et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam: cuius constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore pe*

birden fazla kimseye mal bırakılması hususudur. Aynı malın birden fazla kimseye bırakılması Roma hukukunda *coniunctio* kavramıyla ifade edilmektedir²⁷⁷.

Roma hukuku kaynaklarına göre *coniunctio*'nun üç türü bulunmaktadır. Aynı malın, aynı hukuki işlemle, eşit paylarla, birden fazla kimseye bırakılması *coniunctio re et verbis*; aynı malın yine eşit paylarla fakat aynı belirli mal bırakma içinde farklı hukuki işlemlerle birden fazla kimseye bırakılması *coniunctio re tantum*; aynı malın, aynı belirli mal bırakma içinde farklı paylarla birden fazla kimseye bırakılması hâli ise *coniunctio verbis tantum* olarak isimlendirilmektedir²⁷⁸.

Konu hakkındaki metni inceleyelim:

Iust. Inst. 2.20.8

“Si eadem res duobus legata sit sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat ‘Titio et Seio hominem Stichum do lego’: disiunctim ita ‘Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego’, sed

fectissime accipere possibile est.” **Gai. Inst. 2.192:** “Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem.”

²⁷⁷ **Küçükgüngör**, İntifa, s. 61; **Umur**, Lügat, s. 46.

²⁷⁸ **Küçükgüngör**, İntifa, s. 61; **Umur**, Lügat, s. 46.

et si expresserit ‘eundem hominem Stichum’, aequè disiunctim legatum intellegitur.”

“Aynı şey, beraberce (*coniunctim*) veya ayrı ayrı (*disiunctim*) iki kişiye vasiyet edilirse ve her ikisi de muayyen mal vasiyetlisi hâline gelseler, o şey aralarında taksim olunur: ikisinden birisi ya vasiyeti reddettiğinden ya vasiyetçi hayatta iken öldüğünden veya herhangi başka bir sebeple ortada yoksa, malın tamamı diğer muayyen mal vasiyetlisine intikal eder. Mesela bir kimse şöyle söylediği vakit, beraberce (*coniunctim*) muayyen mal vasiyeti yapmış olur: “köle *Stichus*’u, *Titius* ve *Seius*’a veriyor, vasiyet ediyorum”: Ayrı ayrı (*disiunctim*) mal vasiyeti ise şöyle olur: “köle *Stichus*’u *Titius*’a veriyor, vasiyet ediyorum, *Stichus*’u *Seius*’a veriyor vasiyet ediyorum”. “Aynı köle *Stichus*’u” diyerek tasrih edilmiş olsaydı muayyen mal vasiyeti yine ayrı ayrı yapılmış addolunurdu.”²⁷⁹

Metinden anlaşıldığı üzere bahsi geçen hâllerde mal üzerinde paylı mülkiyet birliği kurulmaktadır. Herhangi bir sebeple kişilerden birinin malı elde edememesi durumunda, sahip olduğu payın diğerine intikal ettiği metinde ifade edilmektedir. Bu husus Roma hukukunda *ius adcrescendi* olarak adlandırılmaktadır ve aşağıda daha detaylı ele alınmaktadır²⁸⁰.

²⁷⁹ Küçükgüngör, İntifa, s. 62.

²⁸⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm’de *Ius Adcrescendi* başlığı

C. Hereditas

Hereditas (*ius civile* mirasçılığı) en genel anlamda bir kişinin, mirasbırakanın hukuki durumuna halef olması anlamına gelmektedir. Miras yoluyla mirasçı, mirasbırakanın tüm malvarlığını iktisap etmektedir²⁸¹. Bu yolla mirasçı, mirasbırakana halef olmaktadır. *Hereditas* ile birden fazla kimse arasında miras ortaklığı ilişkisi kurulabilmektedir. Bu kimselerin tereke üzerinde belirli payları mevcuttur. Dolayısıyla bu kimseler arasında Roma hukuku kuralları gereği paylı mülkiyet birliği kurulduğu kabul edilmektedir.

Roma hukukunda birlikte mülkiyetin en eski şeklinin miras ortaklığında ortaya çıktığı kabul edilmektedir²⁸². Bu bakımdan başlangıçta miras ortaklığında paylara bölme kabul edilmemekle birlikte, daha önce de izah edildiği üzere, ilerleyen dönemlerde pay kavramı giderek miras ortaklığında yerleşmeye başlamıştır.

VII. Iustinianus Dönemi'nde *Communio Incidens* Sınıflandırması

Klasik Hukuk Dönemi'nden farklı olarak Iustinianus Dönemi'nde paylı mülkiyet farklı bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştu. Nitekim Iustinianus, borcun kaynaklarını kendi çağında yeniden ele almıştı.

A. Iustinianus Dönemi'nde Borcun Kaynakları ve *Quasi Contractus* Kavramı

Borcun kaynakları Iustinianus Dönemi'nde dört farklı grupta ele alınmaktadır. Buna göre bu dönemde borcun kaynakları *contractus* (sözleşme), *quasi contractus*

²⁸¹ Günal, Miras, s. 425.

²⁸² Evangelisti, *ius adcrendi*; Ayiter, Elbirliği, s. 30.

(sözleşme benzeri), *delictum* (haksız fiil) ve *quasi delictum* (haksız fiil benzeri) şeklinde sayılmıştır²⁸³.

Quasi şeklinde ifade edilen gruplar sözleşme veya haksız fiil değildir. Bununla birlikte bunlarla sözleşme veya haksız fiiller arasında bir benzerlik kurulmuştur. Konumuz açısından bizi de yakından ilgilendiren *quasi contractus*, iki tarafın karşılıklı iradelerine dayanmadığı için esasen sözleşme olmamakla birlikte, sözleşmelerden doğanlara benzer nitelikte borç doğurduğu düşünülerek ayrı bir grupta ele alınmış borç kaynağıdır. *Quasi contractus* olarak nitelendirilen bu hâllerde çoğu durumda tek taraflı bir işlemle veya bir olay neticesinde iki taraf birbirine borçlanmaktadır. Bu gruba giren borç kaynaklarının en önemlileri *communio incidens* (tesadüfi *communio*)’ten başka, *negotiorum gestio* (vekaletsiz iş görme), *tutela* (vesayet), *legatum per damnationem*²⁸⁴ ve *conductio indebiti* (sebepsiz zenginleşme)’dir²⁸⁵.

Anlaşıldığı üzere nitelikleri ve işlevleri bakımından birbirinden farklı olan sorumluluk olguları, *quasi contractus* çatısı altında Iustinianus Dönemi’nde birlikte ele

²⁸³ **Iust. Inst. 3.13.2:** “(...) *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.*”

²⁸⁴ Lehine mal bırakılan kişinin, bırakılan şey üzerinde aynî hak sahibi olmak yerine, mirasçıya karşı alacak hakkı sahibi olduğu *legatum* türüdür. **Küçükgüngör, E.:** Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Ankara 2007, s. 219.

²⁸⁵ **Rado,** s. 133; **Söğütlü,** s. 539-540.

alınmıştır. Kavramın izlerine Klasik Hukuk Dönemi'nde rastlanmakla birlikte, *quasi contractus* esasen Doğu Roma hukuk öğretisi tarafından geliştirilmiştir²⁸⁶.

B. *Communio Incidens*

Communio incidens (tesadüfi *communio*) hâlinde paydaşlar arasında bir sözleşme bulunmamaktaydı. Zira bu hâllerde *communio*'nun birtakım tesadüfi sebeplerle ortaya çıktığı kabul edilmekteydi. Bu durum *confusio* veya *commixtio* gibi hâllerde olduğu şekliyle, farklı maliklere ait malların karışması durumunda maddi bir olayın gerçekleşmesi ile ortaya çıkabildiği gibi; bağışlama, vasiyet veya miras gibi farklı hukuki sebeplerle de ortaya çıkabilmekteydi²⁸⁷.

Bir sözleşme benzeri olan *communio incidens*, hukuki yapısı bakımından, *societas* ile ilişkilendirilmiştir²⁸⁸. Başka bir anlatımla *communio incidens*, taraflar arasında *societas* varmış gibi ele alınmıştır ve *communio incidens*'e buna göre hukuki sonuç bağlanmıştır²⁸⁹.

²⁸⁶ Söğütü, 539.

²⁸⁷ Perozzi, Istituzioni, s. 473; Rado, s. 136.

²⁸⁸ Rado, s. 136.

²⁸⁹ Erdoğan, Borçlar, s. 112.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLAR ARASI İLİŞKİLER, PAYDAŞLARIN YETKİLERİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. *Res Communis*'in Yönetimi Bakımından *Ius Prohibendi* Kavramı

A. Genel Olarak Yönetim İşleri Kavramı

Yönetim işleri, paylı malın yapısına ve ekonomik amacına hizmet eden her türlü eylemi ifade etmektedir²⁹⁰. Paylı malın yönetimi paydaşlarca gerçekleştirilmektedir. Yönetim, paylı mal bakımından paydaşlar yararına iş görülmesi anlamına gelmektedir. Yönetim işleriyle amaçlanan, malın fiziki varlığının korunmasının, paylı maldan elde edilen gelirin ve verimin artırılmasının, özgülleme amacına uygun olarak paylı malın kullanılması adına gerekli hukuki işlemlerin yapılmasının ve olgusal nitelikte değerlendirilebilecek her türlü önlemin alınmasının sağlanmasıdır²⁹¹.

Paylı mülkiyette yönetim işleri kapsamındaki hukuki işlemlere paylı malın adi kiraya veya ürün kirasına verilmesi, kıymetli evrakın bankaya tevdi edilmesi örnek

²⁹⁰ **Sirmen**, s. 394.

²⁹¹ **Eren**, s. 101; **Sirmen**, s. 394; **Özçelik**, s. 37-38.

gösterilmektedir. Olgusal işler bakımından ise paylı malın onarılması, paylı malda inşaat işlerinin yapılması örnek gösterilmektedir²⁹².

Yönetim işi, paydaşlar bakımından yetkileri ifade etmektedir. Çağdaş hukukumuz gereği yönetim işlerinin yürütülebilmesi, paydaşların bu konuda alacakları kararlara bağlıdır. Karar alabilmek için bir araya gelmesi gereken paydaşların oluşturduğu bu birlik “paydaşlar topluluğu” veya “paylı mülkiyet birliği” olarak adlandırılmaktadır²⁹³.

Çağdaş hukukumuz gereği yönetim işlerinin niteliğine göre aranan karar nisabı değişmektedir. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu, yönetim işlerini farklı gruplara ayırarak ele almaktadır²⁹⁴. Bu kapsamda Kanun’da zorunlu yönetim işleri; ivedi yönetim işleri; olağan yönetim işleri; önemli yönetim işleri; olağanüstü yönetim işleri düzenlenmiştir.

Paylı malın devredilmesi veya paylı mal üzerinde sınırlı aynî hak kurulması gibi tasarruf işlemleri yönetim işi kabul edilmemektedir. Olağanüstü yönetim işleri ile tasarruf işleri TMK m. 692’de birlikte düzenlendiği için iki tür işlem bakımından aksi kararlaştırılmış olmadıkça oybirliğiyle hareket edilmesi gerekmektedir²⁹⁵.

Bu noktada önemle belirtmemiz gerekir ki, çağdaş hukukumuzda geçerliliği olan yönetim işi kavramı ile önem derecesine bağlı olarak yönetim işlerinde karar nisabının farklı şekillerde aranması, Roma hukukunun yabancı olduğu hususlardır. Nitekim Romalıların ele aldığı paylı mülkiyet rejiminde yönetim işleri, *ius prohibendi* (engelleme hakkı) kavramı ve ona ilişkin kurallar üzerine inşa edilmiştir.

²⁹² Eren, s. 101; Sirmen, s. 394.

²⁹³ Eren, s. 101.

²⁹⁴ Sirmen, s. 394.

²⁹⁵ Sirmen, s. 399-400.

Çağdaş hukukumuz ile kıyaslandığında Roma hukukunda paylı mülkiyette yönetim işleriyle ilgili genel çıkarımlar yapabilmek mümkündür.

Öncelikle, Roma hukukunda yönetim işleri açısından somut uyuşmazlıklar özelinde konunun ele alındığı ve buna bağlı olarak birçok istisnai hükmün mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Roma hukukunda bu hususta yeknesak bir tutumdan söz etme imkânı bulunmamaktadır. Özellikle Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin rejimi açıklayabilmek, bazı metinler hakkındaki *interpolatio* tartışmaları nedeniyle, oldukça zordur.

Roma hukukunda soyut pay kavramının, paylı mülkiyet yapısının ele alınmasında ve paydaşlar arasındaki ilişki bakımından önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim uyuşmazlıkların çözümünde, genellikle soyut pay kavramına ilişkin prensipler esas alınmıştır. Paylı malın tasarrufunda ise pek çok durumda tüm paydaşların birlikte hareket etmesi kuralı kabul edilmiştir.

B. *Ius Prohibendi* Kavramı

*Ius prohibendi*²⁹⁶ bir paydaşın paylı mala ilişkin işlemlerinin başka bir paydaş tarafından engellenmesi hakkı olarak tanımlanmaktadır. Kavramı engelleme hakkı²⁹⁷

²⁹⁶ *Prohibere* (önlemek, menetmek, yasaklamak), *vetare* (yasaklamak, engel olmak), *impedire* (engel olmak) gibi kavramlar Roma hukukunda benzer hukuki durumu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Benzer anlama gelmekle birlikte, bir tek *intercedere* (müdahale etmek, veto etmek) kamu hukukuna özgü bir kavramı ifade etmektedir. **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 385. *Intercessio* ile *ius prohibendi* kavramları arasındaki ilişki aşağıda ele alınmaktadır. Bkz. *Üçüncü Bölüm*'de *Prohibere ve Intercessio İlişkisi* başlığı

²⁹⁷ **Di Marzo**, s. 255; **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 145.

veya veto hakkı²⁹⁸ olarak Türkçeye çevirmek mümkündür. Veto kurumu, Roma kamu hukukundaki *intercessio* kavramıyla karşılandığı için çalışmamızda *ius prohibendi* için engelleme hakkı kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

Roma hukukunda paylı mülkiyet kapsamında tüm paydaşların dilediğini yapabilmekte neredeyse özgür oldukları anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bir paydaşın muhalefeti, başka bir anlatımla bir paydaşın engelleme hakkını kullanması, diğer paydaşın işlemini durdurabilmektedir²⁹⁹.

Doktrinde genellikle paylı mala ilişkin olağan kabul edilen işlemlerin *ius prohibendi*'nin uygulama alanına girmediği kabul edilmektedir. Öyle ki, bunu aşan işlemlerin ve tasarrufların *ius prohibendi* ile engellenebildiği vurgulanmaktadır. Bu kapsamda bir paydaşın *opus novum*³⁰⁰ niteliğindeki faaliyetlerinin bir başka paydaş tarafından *ius prohibendi* ile engellenebildiği genellikle kabul edilmektedir³⁰¹. Bu tür

²⁹⁸ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 146; **Erdoğan**, Eşya, s. 47; **Umur**, Eşya, s. 40.

²⁹⁹ **Bonfante**, Ius Prohibendi, s. 385.

³⁰⁰ Bir yapının durumunu tamamen değiştiren nitelikteki tadilatları veya yeni bir binanın inşa edilmesini ifade etmektedir. **Umur**, Lügat, s. 145. *Opus novum*'a paylı malda inşaat yapılması, paylı maldaki yıkım faaliyetleri, restorasyonlar, kazılar örnek gösterilmektedir. **Evangelisti**, Ius Prohibendi, s. 428.

³⁰¹ **Evangelisti**, Ius Prohibendi, s. 428; **Bonfante**, istituzioni, s. 293. **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 146. Doktrinde, Roma hukukunda paylı mala ilişkin yönetim işleri bakımından olağan veya olağan sınırı aşan biçiminde bir ayırım yapılmadığı ve her paydaşın, başka bir paydaş tarafından *ius prohibendi* ile durdurulmadığı sürece, paylı mala ilişkin dilediği faaliyette bulunabilme imkânına sahip olduğu ileri sürülmektedir. **Volterra, E.:** Istituzioni di Diritto Privato Romano, Roma 1988, s. 312. Benzer şekilde, arkaik dönemde ve Klasik Hukuk

faaliyetlerin, bir paydaşın paylı mal üzerinde sahip olduğu egemenliğin sınırlarını, paylı malın olağan kullanımını ve maldan olağan yararlanmayı aştığı düşünülmektedir³⁰².

Benzer şekilde, *aedificatio*³⁰³, nun, *ius prohibendi*'nin kullanılabildiği tipik bir uygulama alanı olduğu belirtilmektedir³⁰⁴.

C. *Digesta*'daki Metinlerin Değerlendirilmesi

1. Papinianus'un Görüşü

Papinianus'un Sabinus'tan alıntılardığı *ius prohibendi*'ye ilişkin doktrinde temel bir kaynak olarak gösterilen *Digesta* metnini inceleyelim:

Dönemi'nde *ius prohibendi*'nin paylı mala ilişkin her türlü işlem için kullanılabildiği görüşü için bkz. **Umur**, Eşya, s. 40.

³⁰² **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 428.

³⁰³ *Aedificatio*, yapı inşa etmek anlamına gelmektedir. Roma hukukunda yapı inşaatı çeşitli hukuki düzenlemelere ve *magistratus*'un (*aediles* ve *censores* gibi) denetimine tabidir. Bu hususta İmparator Zeno tarafından getirilen düzenleme en önemlisidir. Söz konusu düzenleme ile komşuluk ilişkileri, birbirine bitişik binaların sebep olabileceği zararlar bakımından yeni inşaat işlerine karşı *operis novi nuntiatio* ile koruma altına alınmıştır. **Berger**, s. 353. Zeno'nun düzenlemesi, *Constantinopolis*'te binalar arasında bırakılması gerekli olan mesafeye ilişkin kurallar da getirmiştir. **Diliberto, O.:** "Il Diritto di Proprietà: Estensione e Limiti. Dal Diritto Romano ai Codici Contemporanei. Cenni Critici" Roma e America, *Diritto Romano Comune*, *Rivista di Diritto dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina* (2009), Sa. 28, s. 59-73, s. 61-62.

³⁰⁴ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 385.

D. 10.3.28 (*Papinianus libro septimo quaestionum*)

“Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiolem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.”

Metinde, paylı malı ilgilendiren konularda paydaşlardan hiçbirinin diğerlerinin rızasına aykırı hareket edemeyeceği, dolayısıyla *ius prohibendi*'nin varlığının açık olduğu ifade edilmektedir. Zira her bir paydaşın mülkiyet hakkı eşit olduğu için, *causa prohibentis* (engelleyenin sebebi)'in mevcut olması durumunda, bunun üstün olduğu kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, bir paydaşın *ius prohibendi*'yi kullanması sonucunda, diğer paydaşın harekete geçmemesi, geçtiyse durması beklenmektedir.

Alıntı yaptığımız metnin ilk bölümünde, herhangi bir işlem gerçekleştirmek isteyen paydaş ile bu işleme karşı çıkan paydaşlar arasındaki çatışma durumu ele alınmaktadır³⁰⁵. Söz konusu yapı içerisinde esasen denge korunduğu müddetçe paydaşların hakları eşit kabul edilmektedir. Bununla birlikte, engelleme sebebinin ortaya çıkması durumunda dengeler bozulmaktadır³⁰⁶. Örneğin paylı malda eser meydana

³⁰⁵ **Frezza**, Collegialità, s. 537.

³⁰⁶ **Evangelisti**, Ius Prohibendi, s. 431-432; **Bonfante**, Ius Prohibendi, s. 406.

getirmek isteyen paydaşın mülkiyet hakkı, diğer paydaşın engelleme hakkı gereğince baskılanmaktadır. Nitekim bu durumda, metinde de ifade edildiği üzere, engelleme sebebinin üstün geleceği kuralı kabul edilmektedir.

Öte yandan, bir paydaşın işlemine itiraz edilecekse, olumsuz irade *ius prohibendi* vasıtasıyla açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. Herhangi bir paydaşın *ius prohibendi*'yi kullanmaması durumunda, eser meydana getiren paydaşın işlemi, *dominium* (mülkiyet)'un sağladığı yetkinin kullanımı olarak değerlendirilip meşru kabul edilmelidir³⁰⁷.

Metnin devamında paydaşlardan birinin, diğer paydaşın paylı mala *opus novum* niteliğindeki bir iş görmesini engelleyebilecekken, engellememesi durumu ayrıca ele alınmıştır. Söz konusu durumda paydaşlardan biri engelleme hakkını kullanmadıysa ve paydaşlardan biri tarafından eser meydana getirildiyse, gerçekleştirilen bu işlemin ortadan kaldırılmaya zorlanamayacağı ifade edilmektedir. Metne göre işlem ortadan kaldırılmaya zorlanamamakla birlikte, zarar meydana geldiyse, bunun *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası)³⁰⁸ ile talep edilebilmesi mümkündür³⁰⁹.

Metinde *opus novum* nitelikte iş gören paydaşa rıza gösteren paydaşın durumu ayrıca ele alınmıştır ve rıza gösteren paydaşa, zararını tazmin edebilmesi için herhangi bir dava tanınmadığı belirtilmiştir.

Son olarak metinde, paydaş(lar)ın gıyabında on(l)a(ra) zarar verecek bir harekette bulunan diğer paydaşın durumu ele alınmıştır. Bu durumda, zarar veren paydaşın bu

³⁰⁷ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 431-432.

³⁰⁸ *Actio communi dividundo*, çalışmamızın *Dördüncü Bölüm*'ünde ele alınmaktadır.

³⁰⁹ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 404.

zararı ortadan kaldırmaya mecbur olduğu belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, paydaşların yokluğunda onların zararına hareket eden paydaşın meydana getirdiği eserin, ancak diğer paydaşlara zarar veriyorsa (*ad laesionem eius fecit*) ortadan kaldırılması veya yıkılması gündeme gelmektedir³¹⁰.

Önemle belirtmemiz gerekir ki Papinianus-Sabinus metni üzerine önemli tartışmalar bulunmaktadır. Nitekim söz konusu metnin *interpolatio* yoluyla değişikliğe uğradığına yönelik şüpheler mevcuttur³¹¹.

Ele aldığımız **D. 10.3.28** metninde esasen *ius prohibendi*'nin paylı mal bakımından istenmeyen birtakım işlemleri önleyici işlevi vurgulanmaktadır. Paylı mala ilişkin söz konusu işlemin *ex post facto* ortadan kaldırılması ise bir paydaşın işlemi *ius prohibendi* ile engelleyememiş olmasına bağlıdır³¹². Başka bir anlatımla metinde, *ius prohibendi*'nin hâlihazırda yapılmış bir işlemi ortadan kaldırma imkânı sağlamadığı, örneğin inşaat yapıldıysa bunun yıkılması imkânı vermediği, açıkça ifade edilmektedir. Her durumda paylı malın tasarrufuna ilişkin işlemlerde, örneğin paylı malın devri işleminde, diğer paydaşın veya paydaşların onayının gerekli olduğu ayrıca ifade edilmektedir³¹³.

³¹⁰ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 404.

³¹¹ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 405; **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 425; **Perozzi, S.:** “Un Paragone in Materia di Comproprietà”, *Scritti Giuridici I Proprietà e Possesso*, Milano 1948, s. 557-584, s. 577.

³¹² **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 425; **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 385.

³¹³ **Fadda, C.:** “Consortium, Collegia Magistratuum, Communio”, *Studi in Onore di Biagio Brugi nel XXX Anno del suo Insegnamento*, Palermo 1910, s. 141-150, s. 144.

Gerçekten, paylı mülkiyette *ius prohibendi*'nin önleyici bir araç olduğu doktrinde genellikle kabul edilmektedir. Paylı mülkiyet birliği içerisinde bir paydaşın, diğer paydaşların tamamının rızası olmadan harekete geçemeyeceğine yönelik görüşler fazla taraftar bulamamıştır³¹⁴.

Alıntı yaptığımız metinde *prohibere* (engellemek)'nin *facere* (yapmak)'ye üstünlüğüne dikkat edilmesi gerekmektedir. Nitekim metinde Sabinus, herhangi bir paydaşın *ius prohibendi*'yi kullanarak süreci felç etme gücüne odaklanmaktadır. Bununla birlikte, metinden anlaşıldığı kadarıyla, mümkün olduğu hâlde *ius prohibendi*'nin kullanılmaması hâlinde, yapılan işlemlerin *iure factum* kabul edildiği anlaşılmaktadır³¹⁵.

Metinden hareketle, paylı mülkiyetin âdeta birden fazla mülkiyet hakkının bir araya geldiği bir yapı olarak tasavvur edildiği anlaşılmaktadır. Papinianus-Sabinus metninde böylelikle *ius prohibendi*'nin bir paydaşa sağladığı güç vurgulanmaktadır. Bu noktada paylı mülkiyetin Roma hukukunda birden fazla mülkiyet hakkının bir araya geldiği çoklu mülkiyet yapısı olarak inşa edildiği ve bu özelliği nedeniyle kurumun bireyci bir karakter taşıdığı görülmektedir³¹⁶. Nitekim her paydaş istediği zaman

³¹⁴ Gerçekten doktrinde, paydaşların tamamının rızasını almadan bir paydaşın harekete geçemeyeceğine yönelik görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşteki Perozzi'ye göre, paydaşların tamamının rızası olmadan, herhangi paydaş paylı mala ilişkin tasarrufta bulunamaz. Perozzi'nin görüşüne göre, paydaşlardan biri diğerlerinin rızası olmaksızın paylı mala ilişkin bir işlem gerçekleştirdiğinde, diğer paydaşlar bu duruma karşı yalnızca *actio communi dividundo* yoluyla ortaklığın giderilmesini talep edebilme imkânına sahiptir.

Perozzi, Istituzioni, s. 475.

³¹⁵ **Evangelisti**, Ius Prohibendi, s. 427-428.

³¹⁶ **Evangelisti**, Ius Prohibendi, s. 432-433.

engelleme hakkını kullanabilmektedir ve diğer paydaşların işlemlerine mâni olabilmektedir.

Bununla birlikte, pratikte çok az kişinin bir *opus* (eser)’a başladıktan sonra *ius prohibendi*’ye maruz kalma riskini göze alacağı; bunun yerine, harekete geçmeden önce diğer paydaşların rızasını bir şekilde almayı tercih ettiği de doktrinde ayrıca vurgulanmaktadır³¹⁷.

2. Paulus’un Görüşü

Ius prohibendi kavramı çerçevesinde ele alınması gereken tartışmalı bir diğer metin³¹⁸:

D. 8.2.26 (*Paulus libro 15 ad Sabinum*)

“*In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat (nulli enim res sua servit); itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.*”

³¹⁷ **De Martino**, s. 43-44. Benzer görüş için bkz. **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 146.

³¹⁸ Metnin üç farklı bölümden oluştuğu düşünülmektedir. Buna göre metnin ikinci bölümü *itaque* ile başlamaktadır; üçüncü bölümü ise *sed per communi* ile başlamaktadır. **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 390. Metnin ikinci bölümüyle ilgili *interpolatio* düşüncesi için bkz. **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 434. Metnin son cümlesi hakkında *interpolatio* şüpheleri için bkz. **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 391-392.

Alıntı yaptığımız metne göre, paylı mal üzerinde paydaşlar irtifak hakkına dayanarak, diğer paydaşın rızasına aykırı şekilde ne bir iş görebilir ne diğer paydaşın iş görmesini engelleyebilir. Zira metinde belirtildiği üzere, kimse kendi malı üzerinde irtifak hakkına sahip olamaz. Metindeki ikinci cümleye göre, paylı mülkiyetten kaynaklanan bitmek bilmeyen anlaşmazlıklar, genellikle ortaklığın giderilmesiyle son bulur (*itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit*).

Metnin son cümlesine göre *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası) ile bir eserin meydana getirilmesi engellenebilir veya paydaşların menfaatine olmak koşuluyla, meydana getirilen eserin ortadan kaldırılması sağlanabilir.

Metnin başında taşınmaz lehine irtifak hakları bakımından Roma hukukunun temel bir kuralı ele alınmaktadır. Kurala göre, bir malik kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkı kuramaz³¹⁹. Zira taşınmaz lehine irtifak hakkı, ayrı malikleri olan iki farklı taşınmaz üzerinde mümkün olabilir³²⁰. Alıntı yaptığımız metinde Paulus, bir taşınmazın kendi lehine irtifak hakkı ile yüklü olamayacağını belirterek, taşınmazın bir parçası üzerinde, diğer parçası lehine irtifak hakkının kurulmasının kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.

Dikkat edilecek olursa, bir önceki Papinianus-Sabinus metni ile Paulus metninin ilk cümleleri büyük ölçüde benzerdir. Bununla birlikte, Paulus'a ait metne, *iure*'den sonra, *servitutis* kelimesi eklenmiştir³²¹.

³¹⁹ “*Nemini res sua servit*”

³²⁰ **Di Marzo**, s. 294; **Umur**, Eşya, s. 137; **Erdoğan**, Eşya, s. 106; **Öcal Apaydın, B.**: Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara 2014, s. 91.

³²¹ **Evangelisti**, Ius Prohibendi, s. 426.

Öte yandan metinde, *actio communi dividundo*'nun ortaklığın giderilmesinden farklı bir işlevi vurgulanmaktadır. Zira metinde paydaşların, paylı malda *opus novum* mahiyetindeki işlere engel olmak için *actio communi dividundo*'ya başvurabilecekleri belirtilmektedir³²².

Böylece metnin ikinci bölümünde, paylı mülkiyet nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlıkların paylı mülkiyetin sona ermesine yol açacağı belirtildikten sonra; üçüncü bölümünde, buna hukuki bir çare sunulmuştur³²³. Bu çare, çalışmamızın *Dördüncü Bölüm*'ünde daha detaylı şekilde ele alınan, *actio communi dividundo*'dur. Böylelikle paylı mülkiyetin sona ermesine yol açmadan *ius prohibendi*'nin, *actio communi dividundo* vasıtasıyla kullanılabileceği ve paylı malda bir eserin meydana getirilmesinin engellenebileceği belirtilmiştir.

Ele alınan metinlerde *ius prohibendi* esasen, ortaya çıkabilecek olası anlaşmazlıklar için bir çözüm mahiyetinde sunulmaktadır. Nitekim söz konusu metinde, paydaşların statüsünün hukukten eşit olması (*in iure pari*) vurgulanmış ve anlaşmazlık hâlinde engelleme hakkını kullanan kişinin diğerine veya diğerlerine üstün geleceği kuralı tekrar edilmiştir. Bu bakımdan *ius prohibendi*, paylı mülkiyette her bir paydaşın hakkını garanti altına almak için tanınmış etkili ve aynı zamanda zorunlu bir araç kabul edilmektedir³²⁴.

3. Marcellus'un Görüşü

Konu kapsamında ele alınan son metin Marcellus'a aittir.

³²² **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 434; **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 394.

³²³ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 391.

³²⁴ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 427.

D. 8.5.11 (Marcellus libro sexto digestorum)

“An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. Et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.”

Marcellus’tan alıntılanan metin bir dizi soruyla başlamaktadır:

Metinde ilk önce paydaşlardan birinin, diğerlerinin rızası olmadan³²⁵ paylı malda inşaat yapıp yapamayacağı (*aedificatio*) ile diğer paydaşlar tarafından engellenmiş olmasına rağmen, bir paydaşın inşaat yapmaya hakkı olduğu iddiasıyla diğer paydaşlara

³²⁵ Metinde rızası olmayan, isteksiz paydaş için *invitus* kavramı kullanılmaktadır. *Invitus* kavramı, Roma hukukunun farklı kaynaklarında farklı anlamlarda kullanılabilmektedir. Marcellus da *invitus* kavramının kullanılmasından kaynaklanan olası şüpheleri gidermek istemiş olacak ki kavram hakkında açıklama yapmaktadır: “*an invitis ceteris... id est an, si prohibeatur a sociis*”. Bu bakımdan doktrinde, *socius invitus*’un *socius prohibens* olarak anlaşılması gerektiği, başka bir anlatımla rızası olmayan paydaşın; *ius prohibendi* ile diğerine engel olan paydaş olduğu ifade edilmektedir. **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 396.

dava açıp açamayacağı soruları sorulmaktadır. Bundan başka, inşaat yapmak isteyen paydaşı engelleme hakları olduğu iddiasıyla veya onun inşaat yapmaya hakkı olmadığı iddiasıyla bir paydaşa dava açılıp açılmayacağı sorusu sorulmaktadır. Son olarak, inşaat çoktan yapılmışsa, bunu yapmaya hakkı olmadığı iddiasıyla bu paydaşa dava açılıp açılmayacağı sorulmaktadır.

Alıntı yaptığımız metnin sonunda ise paydaşın *facere* (yapmak)'den ziyade *prohibere* (engellemek)'ye hakkı olduğu kuralı tekrar edilmektedir. Zira, bahsi geçen şekilde eser meydana getiren bir paydaşın, paylı malın âdeti tek sahibi gibi, başkalarına da ait olan bir hakkı kendisine mal ederek kullanmasının kabul edilemeyeceği metinde vurgulanmaktadır. Dolayısıyla metnin başında ele alınan soruların tamamına yanıt verilmediği anlaşılmaktadır. Bunun yerine, konu hakkında genel prensibin tekrar edildiği görülmektedir. Öte yandan, metnin başında dava açılıp açılmaması bakımından yargılama kurallarına ilişkin meseleler üzerinde durulmakla birlikte, sonuç kısmında maddi hukuka ilişkin bir bakış açısı sunulduğu anlaşılmaktadır³²⁶.

Metinde, *prohibere* ve *facere* filleri arasında birbirini dışlayan ilişkiye tekrardan dikkat çekilmiştir³²⁷. Metinden hareketle doktrinde, paylı mülkiyette paylı mala ilişkin her türlü işlem öncesinde paydaşların tamamının rızasının mutlaka alınması gerektiği yönünde fikirler ileri sürülmüştür³²⁸. Bununla birlikte, paydaşın, diğer paydaşların tamamının rızası olmadan harekete geçemeyeceğine yönelik görüşler pek taraftar bulamamıştır.

³²⁶ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 398.

³²⁷ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 429; **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 397.

³²⁸ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 394.

Metinde Marcellus'un hangi davadan söz ettiği ise tam olarak anlaşılamamaktadır. Metinde *socius* (ortak)'lardan bahsedildiği için bunun *societas*'ta ortakların birbirlerine açabileceği bir dava olarak *actio pro socio* olduğu düşünülebilir. Fakat metinde bahsi geçen davanın esasen aynî dava olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, söz konusu metinde *compilatores*'in ufak bir değişlikle tartışmayı gerçek anlamından uzaklaştırdıkları ve Marcellus'un metnini, metin daha uzun olması gerekirken kestikleri düşünülmektedir. Öyle ki metinde geçen *iure*'nin esasen *iure servitudes* şeklinde anlaşılması gerektiği ve mevzunun taşınmaz lehine irtifak hakkı ile ilgili olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle doktrinde Marcellus'a ait orijinal metnin, Paulus'un metninde olduğu gibi, *ius servitudes*'in ele alındığı bir metin olduğu düşünülmektedir. Metinde bahsi geçen davaların da bu bakımdan *ius servitudes* ile ilgili davalar olduğu ifade edilmektedir³²⁹.

4. Değerlendirme

Alıntı yapılan metinlerin genel bir değerlendirmesi yapıldığında, öncelikle paylı mülkiyet konusu olan mal üzerinde tüm paydaşların eşit hakka sahip olduğunun vurgulandığı görölmektedir. Bir paydaşın mülkiyet hakkına dayanarak paylı malda *opus novum* (yeni eser) inşa etmek istenmesi durumunda ise itiraz eden paydaşların *ius prohibendi* (engelleme hakkı) ile buna engel olma imkânına sahip olduğu kabul edilmektedir. Ancak *ius prohibendi*'nin ilgili paydaşlar tarafından açık bir şekilde ve zamanında kullanılması gerektiği metinlerden anlaşılmaktadır. *Opus novum* karşısında bir paydaşın *ius prohibendi*'yi kullanmaması durumunda, bu paydaşın sonradan eserin

³²⁹ Metin hakkındaki tartışmalar için bkz. **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 398.

kaldırılmasını talep edemeyeceği de yine metinlerde vurgulanmaktadır. Nitekim *ius prohibendi*'nin böyle bir işlevi mevcut değildir³³⁰.

Böylece her paydaşın paylı malda eser meydana getirme veya inşaat yapma hakkı, yine her paydaşa sağlanan *ius prohibendi* tarafından sınırlandırılmış olmaktadır. Bu durum, birden fazla mülkiyet hakkının Roma hukuku paylı mülkiyet yapısında bir araya gelmesinin bir tezahürüdür. Dolayısıyla diğer paydaş karşı çıkmadıkça, her bir paydaş âdeta tek kişi malik gibi hareket imkânına sahip görünmektedir³³¹. Önemle belirtmemiz gerekir ki bahsi geçen bu anlayış, Sabinus'un ve çağının anlayışıdır. Sabinus'un yaklaşımına göre, bir paydaşın engelleme hakkını kullanmasını aşabilmek mümkün değildir. Nitekim bir paydaşın engelleme hakkını kullanması karşısında diğer paydaşın buna itiraz edebilmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla tek bir paydaş, zamanında kimse ona engel olmazsa, paylı mal üzerinde dilediği işlemi yapabilmektedir³³².

Bununla birlikte, Sabinus'un görüşü, Paulus ve Marcellus tarafından desteklenmemektedir. Bu noktada *ius prohibendi* kurumunun gelişiminde, Sabinus'un çağından sonra bir değişim yaşandığı anlaşılmaktadır.

Sabinus'tan sonra, Paulus'un ve Marcellus'un çağında, *ius prohibendi*'nin ancak *actio communi dividundo* ile kullanılması gerektiği kuralının izlerine rastlanmaktadır. Dolayısıyla engelleme hakkının kullanılması bir açıdan sınırlandırılmıştır ve yargı denetimine bırakılmıştır. Bu ise Sabinus'un çağındaki paylı mülkiyetin çoklu mülkiyet olarak kabul edildiği anlayış ile örtüşmemektedir. Nitekim daha önce tanımlanan

³³⁰ **D. 10.3.28:** “*Ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit*”

³³¹ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 432.

³³² **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 433.

mülkiyet anlayışından uzaklaşmaktadır. Bunun yerine ortaklığın veya birliğin tümüne yönelik çıkarların dikkate alındığı bir yapı öngörülmektedir. Başka bir anlatımla, belirgin bir bireycilikle karakterize edilen önceki yaklaşımdan, *communio* lehine güç dengelerinin değiştiği anlaşılmaktadır. Böylelikle bir paydaşın, diğerlerinin engellemesine rağmen, kolektif faydayı gözetken bir eylemde bulunmasına izin verilebilir. Bu anlayış ise Iustinianus Dönemi'nde yapılacak olan düzenlemelerin âdeta habercisi mahiyetindedir. Böylece Roma hukuku paylı mülkiyet yapısında, paydaşların birbirlerini engelleyebileceği kuralı esnetilmiştir³³³.

Gerçekten Klasik Hukuk Dönemi'nin erken evresinde, paydaşlar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda ortaklığın giderilmesi tek çare gibi görünmekteyken³³⁴; sonraki evrede *communio*'nun paydaşları arasında bir tür meclis istişaresi ile anlaşmazlıkların önceden engellenerek *communio*'yu mümkün olduğunca sorunsuz kılmak bir öncelik hâline getirilmiştir³³⁵.

Iustinianus Dönemi'nde *ius prohibendi*'nin kullanılmasının şartlara bağlandığı kabul edilmektedir. Zira *ius prohibendi* bu Dönem'de yalnızca *actio communi dividundo* ile kullanılabilir hâle getirilmiştir³³⁶. Benzer şekilde, *ius prohibendi*'nin ancak paylı malın faydasına olması durumunda kullanılması kuralı getirilmiştir³³⁷. Bu değişikliklerle paylı

³³³ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 434-435.

³³⁴ **D. 8.2.26**: “itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit”

³³⁵ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 435.

³³⁶ **Kaser**, s. 124; **Koschaker/Ayiter**, s. 121; **Karadeniz Çelebican**, *Eşya*, s. 147; **Erdoğan**, *Eşya*, s. 47.

³³⁷ **Koschaker/Ayiter**, s. 121.

mülkiyetin esasen sosyal karakteri vurgulanmıştır³³⁸. Zira Iustinianus Dönemi'nde paydaşların faaliyetleri karşılıklı rızaya bağlanmıştır³³⁹. Böylelikle yapı içindeki güç dengeleri bir anlamda değişmiştir ve paydaştan (bireylerden) birliğe (*communio*'ya) yöneltilmiştir. Herkesin herkese engel olabileceği kuralı ve münferit paydaşın gücü zayıflatılmıştır³⁴⁰. Bu aşamada *communio*'nun kendisi daha esnek hâle getirilmiş ve paydaşlar tarafından açılacak dava sayısında önemli bir genişleme gerçekleştirilmiştir. Paylı malın yönetimine ilişkin paydaşlar arasındaki anlaşmazlıkların çözümü için uzun süredir hâkim olan *prohibitio-diviso* ikiliğine alternatif olarak yeni çareler öngörülmüştür³⁴¹.

D. *Ius Prohibendi* ve *Intercessio* İlişkisi

Ovidius'un *Metamorphoses* eserinden öğrendiğimiz kadarıyla³⁴² tanrıça Iuno ve tanrı Iupiter bir konuda anlaşmazlığa düşerler; bu nedenle Tiresias'a hakem olarak başvururlar. Tiresias, hakem olarak Iupiter'in sözlerini doğrular. Tiresias'ın verdiği cevaba sinirlenen Iuno, Tiresias'ı kör eder. Durumu telafi etmek isteyen Iupiter ise Tiresias'a geleceği bilme yetisi verir³⁴³.

³³⁸ Koschaker/Ayiter, s. 121; Erdoğan, Eşya, s. 47.

³³⁹ Umur, Eşya, s. 40.

³⁴⁰ Evangelisti, *Ius Prohibendi*, s. 433.

³⁴¹ Evangelisti, *Ius Prohibendi*, s. 435.

³⁴² Eserin Türkçe çevirisi için bkz. **Publius Ovidius Naso (Çev. Coşkun Abuagla, A.): Dönüşümler I-XV**, İstanbul 2020.

³⁴³ **Ovid. Met. 3.336:** “*at pater omnipotens (neque enim licet irrita cuiquam / facta fecisse deo) pro lumine adempto / scire futura dedit poenamque levavit honore.*” “ama her şeye gücü yeten

Ovidius'un anlatısına göre tanrıların dünyasında bile bir tanrı tarafından verilen cezanın başka bir tanrı tarafından geri alınamayacağı kuralı kabul edilmektedir. Bu nedenle Ovidius'a göre, hâlihazırda gerçekleştirilmiş bir eylemin geri alınması mümkün değildir. Bu durum bize tanrıların dünyasında bir *prohibere-intercedere* (engellemek-veto etmek) mekanizması olduğunu göstermektedir. Ancak bu hâlihazırda bir eylemin geri alınması şeklinde gerçekleştirilemez³⁴⁴. Gerçekten, olayda *Iupiter* bile *Iuno*'nun verdiği cezayı geri alamaz; sadece *Tiresias*'a geleceği bilme yetisi vererek durumu telafi etmeye çalışır.

Mitolojide yer alan bu hikâye, *ius prohibendi* üzerine bize bir hususun daha değerlendirilmesi fırsatını vermektedir.

Ius prohibendi kurumunun Roma hukukundaki uygulaması belirsizdir. Yukarıda da izah edildiği üzere, kaynakların değerlendirilmesinde farklı görüşler mevcuttur. *Ius prohibendi* uygulamasının ne şekilde olması gerektiği, bu nedenle doktrinde ayrıca tartışılmıştır. Bu bakımdan kavramın tarihsel gelişimi irdelenmiş olup, *intercessio* ile benzerliği araştırmacıları ayrıca ilgilendirmiştir³⁴⁵.

tanrı (çünkü hiçbir tanrı, geçersiz kılamaz bir tanrının yaptığını), yoksun edildiği göz yerine, ona geleceği bilme gücü verdi ve bu onurla cezasını hafifletti.” **Coşkun Abuagla**, s. 87.

³⁴⁴ **Di Vincenzo, M.:** Diritti, Poteri, Conflitti. Strumenti Giuridici per le Tecniche Decisionali nel Diritto Romano (Pubblico e Privato), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Roma 2019, s. 36.

³⁴⁵ Doktrinde *intercessio* ile *ius prohibendi* arasındaki ilişki, sert tartışmalara sebep olmuştur. Mommsen *intercessio* ile *ius prohibendi* arasındaki ilişkiye dikkat çeken ilk isimlerdendir. Daha sonra Fadda konuyu ele almış ve bazı noktalarını açıklığa kavuşturmuştur. İki kavram arasındaki ilişkiyi vurgulayan diğer bir isim Bonfante'dir. **Bonfante**, istituzioni, s. 295-296. Kavramlar arasındaki ilişkiyi ve benzerlikleri vurgulayan görüşlerin aksine Perozzi, iki

Gerçekten Roma’da eşya üzerindeki egemenliği ifade eden *dominium* kurumu ile Roma devletini yönetme yetkisi olarak tanımlanabilecek *imperium*³⁴⁶ kurumunun karşılaştırılabilmesi mümkündür. Paylı mülkiyette paydaşların *dominium*’a birlikte sahip olması ve bu hakkı kullanırken eşit olmaları hususu ile *imperium*’a *magistratus*’un birlikte sahip olması, bir açıdan benzemektedir. Benzer amaç ve işlevle taraflar arasında denge sağlamak adına paylı mülkiyette *ius prohibendi* (engelleme hakkı); *imperium*’da ise *intercessio* (veto hakkı) kurumları öngörülmüştür.

İki kurum arasında doğası gereği bir karşılaştırma ortaya çıkmaktadır. Nitekim ikisinde de eşit yetkilere sahip birden fazla kimsenin bir araya gelmesi söz konusudur³⁴⁷.

Intercessio, Roma kamu hukukuna ilişkin bir kavram olup aynı konumdaki veya farklı konumdaki *magistratus*’tan birinin diğerini, örneğin *consul*’ün diğer *consul*’ü veya

kurumun uygulamasının farklı olduğunu belirtmiş ve bahsi geçen yazarları eleştirmiştir.

Frezza, Collegialità, s. 507. Perozzi’nin Fadda’nın görüşlerini eleştirdiği eseri için bkz.

Perozzi, S.: “Un Paragone in Materia di Comproprietà”, Scritti Giuridici I Proprietà e Possesso, Milano 1948, s. 557-584; Perozzi’nin Bonfante’ye ve Pacchioni’ye yönelttiği eleştiriler için bkz. **Perozzi, S.:** “Condominio e Collegialità negli Scritti di Due Miei Censori”, Scritti Giuridici I Proprietà e Possesso, Milano 1948, s. 587-635.

³⁴⁶ *Imperium*, devlet iktidarını fiilen kullanabilme yetkisidir. **Umur**, Lügat, s. 83; Krallık Dönemi’ndeki şekliyle gücün tek bir kişinin elinde toplanmasını önlemek amacıyla, Cumhuriyet Dönemi’nde kişi ve zaman bakımından *imperium*’un kullanılmasına sınırlama getirilmiştir ve *imperium* halk tarafından bir seneliğine seçilen birden fazla sayıdaki *magistratus*’a verilmiştir. **Küçük, E.:** “Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: ‘Provocatio ad populum’ ve ‘Tribunus plebis’” Hacettepe HFD, C. 5, Sa.1, s. 127-144, s. 139.

³⁴⁷ **Perozzi**, Un Paragone, s. 557-558.

consul'ün *praetor*'u veto etmesi ve bu yolla birinin diğèrinin yapmak istediğıine engel olması olarak tanımlanmaktadır³⁴⁸.

Roma'da Cumhuriyet Dönemi'nde *rex* (kral)'in yerini *consul* olarak adlandırılan iki *magistratus* almıştır. Halk meclisi tarafından *patricii* arasından seçilen bu *consul*'ler, *imperium*'u, yani devlet iktidarını bizzat kullanma yetkisine sahiptir. Orduya komutanlık etme yetkisi bakımından *praetor* (önden giden); en yüksek yargılama organı olması nedeniyle *iudex* (hâkim); yürütme görevi nedeniyle *magistratus*; devletin işlerini birlikte yürüttükleri için *consul* (meslektaş) olarak adlandırılmaktadır³⁴⁹.

Aynı konumdaki *magistratus*'un tam bir eşitlik içinde çalıştıkları ve her birinin eşit yetkiye sahip oldukları bilinmektedir. Her bir *magistratus* tam yetkiyle, tam *potestas* ile, bir diğèriyle mutabakata varmaksızın, âdeta başka bir *magistratus* yokmuşçasına, tek başına hareket edebilmektedir³⁵⁰. Bu yapı içerisinde diğèr meslektaşla önceden anlaşmaya gerek yoktur. Bununla birlikte, söz konusu sistem çatışmaları

³⁴⁸ **Umur**, Lügat, s. 89; **Berger**, s. 506-507.

³⁴⁹ **Söğütlü Erişgin**, Kamu, s. 58-59.

³⁵⁰ **Fadda**, Consortium, 142-143; **Frezza**, Collegialità, s. 539; **Perozzi**, Un Paragone, s. 557; **Perozzi**, Critico, s. 12; **Bonfante**, Ius Prohibendi, s. 389. **D. 50.1.25 (Ulpianus libro primo ad edictum praetoris)**: “Magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. Et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur: verum et si non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit.” **D. 50.16.173 pr. (Ulpianus libro 39 ad Sabinum)**: “Collegarum” appellatione hi continentur, qui sunt eiusdem potestatis.”

doğurabilmektedir. Fakat olası çatışmalar ve keyfilik, Roma'nın teamülleriyle dengelenmiştir³⁵¹.

Gerçekten, *imperium*'a sahip olan *consul*'lerin görevleri bir yıllık süreyle sınırlanmıştır. Görev sürelerinin sona ermesiyle sıradan vatandaş hâline gelen *consul*'lerin devleti yönettikleri dönemde yaptıkları işlerden sorumlu tutulmaları sağlanmış; despotik ve monarşik eğilime sahip bir rejim kurulması engellenmek istenmiştir³⁵².

Collegialitas ilkesi (ortak iktidar veya birlikte yönetme) gereği meslektaşlar arasında yetkinin dağıtılması veya bölünmesi söz konusu değildir. Meslektaşlar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda ise sistemde tıkanma yaşanmaması için bahsi geçen ilke gereği *senatus*'un hakemliğine başvurulması zorunludur³⁵³.

Bölünemez nitelikteki *imperium*'un sahibi olan *consul*'lerden birinin diğerini *intercessio* ile veto etmemesi durumunda *consul*'lerin; paylı mülkiyette diğer paydaş tarafından engellenmediği sürece bölünmesi yine mümkün olmayan *dominium* sahibi paydaşın, istediği doğrultuda hareket edebildiği düşünülmektedir³⁵⁴. İki kavram arasında bu noktada ilişki kurabilmek mümkündür.

Bununla birlikte doktrinde bahsi geçen görüşe karşı çıkanlar olmuştur.

³⁵¹ **Fadda**, Consortum, s. 144.

³⁵² **Söğütlü Erişgin**, Kamu, s. 60-61.

³⁵³ Roma geleneklerine göre anlaşmazlık durumunda *senatus*, olumsuz görüşe öncelik vermekteydi. **Söğütlü Erişgin**, Kamu, s. 61.

³⁵⁴ **Fadda**, Consortum, s. 144; **Bonfante**, istituzioni, s. 295; **De Martino**, s. 44.

Karşıt görüş taraftarları, *consul*'lerin tam *imperium*'a veya *potestas*'a sahip olarak eşit yetkilerle donatılmış olduğunu; bu nedenle bir *consul*'ün, diğeri onu veto etmediği müddetçe, serbestçe hareket edebildiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla bu noktada iki görüş arasında mutabakat söz konusudur. Bununla birlikte karşıt görüş taraftarlarına göre, paylı mülkiyette bir paydaş, diğerrinin rızası olmadan harekete geçemez³⁵⁵. Bu görüş doğrultusunda *ius prohibendi*'nin bir paydaş tarafından kullanılmaması, o paydaşın ilgili işleme rıza gösterdiği anlamına gelmemektedir³⁵⁶. Bu nedenle *imperium*'un kullanılması bakımından diğerr meslektaşın açık veya örtülü rızasına gerek olmadığı ifade edilirken; paylı mülkiyette paylı mala ilişkin herhangi bir işlem den önceden diğerr paydaşın rızasının alınması gerektiği düşünülmektedir³⁵⁷.

Karşıt görüş taraftarlarına göre, herhangi bir işlem den önce paydaşların rızalarının alınması gerekli olmasaydı, paylı mülkiyet çatışmalara gebe bir kurum olurdu. Nitekim *ius prohibendi*'nin birinci görüş taraftarlarının iddia ettiğı gibi uygulandığı varsayılırsa, bir paydaşın iradesinin ve menfaatinin her an diğerr paydaşların iradesine ve menfaatlerine kurban edilmesi tehlikesi gündeme gelebilirdi³⁵⁸.

Intercessio'ya ilişkin usûller Roma hukukunda açıkça düzenlenmişken, *ius prohibendi*'ye ilişkin yeterli kaynağın mevcut olmaması, doktrinde dikkat çekilen başka bir noktadır. İkinci görüş taraftarlarına göre, paylı mülkiyet rejiminde esasen uzlaşma kuralları devreye girmektedir. *Ius prohibendi* hakkında bu doğrultuda özel bir kural kabul edilmemiştir. Gerçekten, *ius prohibendi*'nin kullanılması gereken zaman, kullanma şekli

³⁵⁵ **Perozzi**, Un Paragone, s. 557-558; **Perozzi**, Istituzioni, s. 475.

³⁵⁶ **Perozzi**, Condominio, s. 595.

³⁵⁷ **Perozzi**, Un Paragone, s. 560.

³⁵⁸ **Perozzi**, Un Paragone, s. 573-574.

veya etkileri bakımından herhangi bir kural esasen mevcut değildir. Bu doğrultuda *ius prohibendi* kurumunun, sadece rızanın gerekliliğine ilişkin genel kuralı ifade ettiği düşünülmektedir. Bu nedenle *intercessio* ile *ius prohibendi*'nin birbirinden son derece farklı kavramlar olduğu vurgulanmaktadır³⁵⁹.

Doktrinde iki kurum arasındaki ilişkiye istinaden önemli bir yorum daha yapılmıştır. Buna göre kamu hukukuna ait bir kavram olan *intercessio*'da, *magistratus*'tan birinin diğeri aleyhine tazminat talebinin mümkün olmadığıın altı çizilirken; paylı mülkiyette bir paydaşın diğerrinin zararına hareket etmesi durumunda, zarar gören paydaşın zararını *actio communi dividundo* ile talep edebilmesinin mümkün olması, iki kavram arasındaki temel fark olarak sunulmaktadır. Bu noktada *magistratus*'un eyleminin kamuoyu denetimine tabi olmadığı düşünülmemelidir³⁶⁰. Zira *magistratus*'un eylem ve işlemleri için tazminat yaptırımını mümkün olmasa bile, Roma hukukunun gelenekleri vasıtasıyla söz konusu eylem ve işlemler kamuoyu denetimine tabidir.

Paylı mülkiyet yapısında *ius prohibendi*'nin her bir paydaşa neredeyse sınırsız bir güç verdiği açıktır. Nitekim *ius prohibendi* ile paylı mülkiyet kurumu, son derece kırılğan bir yapıya bürünmektedir ve kurum dengeleri ters yüz edebilen ve karar alma sürecini sekteye uğratabilen niteliktedir. Öyle ki paydaşa neredeyse sınırsız bir güç veren bu kurumun, doktrinde Roma hukuku paylı mülkiyetine bireyci karakterini veren esas unsur olduğu ifade edilmektedir³⁶¹.

³⁵⁹ **Perozzi**, Un Paragone, s. 575.

³⁶⁰ **Fadda**, Consortium, s. 144-145.

³⁶¹ **Koschaker/Ayiter**, s. 121.

Doktrinde Roma hukukunun paylı mülkiyet yapısı sarkaç analojisi üzerinden izah edilmeye çalışılmıştır. Buna göre Roma paylı mülkiyet yapısında sarkaç, iki kutbu temsil eden paydaş ile *communio* arasında salınım hâlinindedir. Kamu hukukunun *collegarum* (*magistratus* arasındaki meslektaşlık) rejiminde olduğu gibi, Roma hukuku paylı mülkiyeti, sağladığı birtakım araçlar sayesinde dengede ve ayakta durabilmektedir. Bu araçların ise paylı mülkiyette *ius prohibendi* ile *actio communi dividundo* olduğu düşünülmektedir³⁶². Zira *actio communi dividundo*'da hâkime *communio*'dan kaynaklanan tüm sorunların adil ve hakkaniyete uygun şekilde çözüme kavuşturması için geniş takdir yetkisi verilmiştir³⁶³.

Roma hukukunun farklı hukuki kurumları arasında paylı mülkiyet, bazı yazarlara göre en bireyci olanıdır. Gerçekten paylı mülkiyet, bireye tanınan haklar bakımından, bireyin bağımsızlığının azami seviyede kabul edildiği bir kurumdur. Çağdaş hukuk sistemleri ise bireyci karaktere sahip Roma paylı mülkiyetine ilişkin kuralları yumuşatarak, *ius prohibendi* yerine daha adil ve sosyal bir ilke olduğu kabul edilen çoğunluk ilkesini³⁶⁴ getirmiştir³⁶⁵.

³⁶² **Bonfante**, istituzioni, s. 295-296.

³⁶³ **De Martino**, s. 45.

³⁶⁴ Çoğunluk ilkesinin, *ius prohibendi* ilkesi karşısında daha adil olmadığını ileri süren yazarlar da vardır. Bu görüşe göre esasen çoğunluk ilkesi, adil olmayan bir karaktere sahiptir. Nitekim çoğunluk ilkesinin, azınlık karşısında çoğunluğa zalimane bir güç verdiği düşünülmektedir.

De Martino, 42.

³⁶⁵ **Bonfante**, istituzioni, s. 295-296.

Roma Cumhuriyet Dönemi'nde *intercessio* kurumunun, Roma tarihinde talihsiz olaylara neden olduğu yönündeki görüşlerin aksine, Cumhuriyet'i zirveye taşıyan etkili bir mekanizma olduğu düşüncesi desteklenmektedir³⁶⁶.

Gerçekten Krallık Dönemi'nde kralların zorba *imperium*'u karşısında, Cumhuriyet Dönemi'nde *intercessio* temelinde inşa edilen yeni yapı, Roma devleti için kazanım kabul edilmektedir. Bu bağlamda paylı mülkiyette de *ius prohibendi* kurumunun, paydaşlardan birinin diğerinin iradesini engelleyerek süreci sekteye uğratması şeklinde olumsuz bir araç olarak değerlendirilmesi yerine, daha olumlu bir bakış açısıyla ele alınması gerektiği önerilmektedir. Roma hukukunda paylı mülkiyet yapısı çerçevesinde *ius prohibendi*, bir paydaşın keyfilliğini kontrol eden ve böylece *communio*'nun ortak menfaatine hizmet eden etkili bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁷. Bu kurum, Roma hukukunun rasyonel yapısını ve toplumsal düzenin korunmasındaki işlevselliğini gözler önüne sermektedir.

Gerçekten Roma paylı mülkiyetinde birey ve topluluk arasındaki dengeyi sağlayan en önemli unsur *ius prohibendi*'dir. Kurum, her bir paydaşa muazzam bir güç vermesi gibi olumsuz açıdan değil, bu perspektiften de düşünülebilir. Zira *ius prohibendi* ile bir paydaşı engellemek isteyen diğer paydaşın somut olayda korunmaya değer bir menfaatinin olduğunu gözetmek gerekir. Esasen bir paydaşın *ius prohibendi*'yi tamamen keyfi bir şekilde kullanması, örneğin bir menfaati olmamasına rağmen diğer paydaşın işlemini engellemiş olması, Romalı hukukçunun zihninde canlandırması güç bir ihtimal gibi görünmektedir. Zira Romalı hukukçuların öngördüğü sisteme göre, bir paydaşın ancak *communio*'ya zarar veren işlemleri *ius prohibendi* yoluyla engelleyebilmesi

³⁶⁶ De Martino, 43-44.

³⁶⁷ De Martino, 44.

mümkün kılınmaktadır³⁶⁸. Bu yaklaşım, mülkiyet ilişkilerinde bireysel menfaatlerin değil, ortak faydanın gözetildiği bir düzenin temellerini oluşturmaktadır.

Ayrıca *communio*'ya vücut veren her bir hukuki ilişki özelinde durumun ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu bakımdan engelleme hakkının kötüye kullanılmasının kolay olmadığı anlaşılabilecektir. Nitekim *communio*'lar pek çok hâlde birbirlerini tanıyan kişiler arasında kurulabilmekteydi. Paydaşlar çoğu zaman *societas*'ın ortaklarıydı veya miras ortaklığının üyeleri idi. Hepsinden önemlisi *actio communi dividundo* ile paydaş, ortaklığın giderilmesini her zaman talep edebilmekteydi ve söz konusu davada hâkime hakkaniyeti sağlaması için geniş takdir yetkisi verilmişti. Dolayısıyla nasıl ki *intercessio* kurumunun kötüye kullanılmasını engelleyen kamu hukukundan kaynaklanan mekanizmalar mevcutsa, *communio*'da menfaatler arası dengeleri koruyan mekanizmalar esasen mevcuttu.

Herhangi bir işlem yapmadan önce paylı mülkiyette paydaşların tamamının rızasının alınması gerektiğini savunan görüşlere katılmak mümkün değildir. Klasik Hukuk Dönemi'nin *communio* anlayışı bireyci karaktere sahip olduğu için, en azından bu görüşler Klasik Hukuk Dönemi için geçerli değildir. Bu nedenle zaman içerisinde *communio*'nun sosyal karakterinin vurgulanmaya başlamasıyla, paydaşlar arasındaki anlaşma ve uzlaşma çerçevesinde *communio*'da yönetim işleri sürdürülmüş olmalıdır. Bu bakımdan *intercessio* ile *prohibendi* kurumları arasındaki ilişki ve benzerlik, Klasik Hukuk Dönemi açısından yadsınamaz.

Sonuç olarak, Roma hukukunda *communio* bakımından *ius prohibendi*'yi paydaşların bireysel çıkarlarının ötesinde, paylı mülkiyet birliğinden kaynaklanan topluluk menfaatlerini koruma amacı taşıyan bir düzenin temel unsuru olarak ele almak

³⁶⁸ De Martino, s. 45.

gerekir. Özellikle *collegialitas* prensibi, Roma Cumhuriyet sisteminin başarısını sağlayan otorite ve özgürlük dengesini oluşturmuş, bireysel keyfiyeti kontrol altına alarak kamu yararını öncelemiştir. Bu bağlamda, *ius prohibendi*, ortaklığa zarar veren işlemleri engelleyen bir mekanizma olarak, yalnızca paydaşın değil, *communio*'nun korunmasını hedeflemiştir. Roma hukukçularının tasavvurları doğrultusunda bu hak, yalnızca zarar veren durumlarda kullanılabilmiş ve keyfi müdahalelere kapalı olmuştur.

II. *Ius Adcrescendi* Kavramı

Ius adcrescendi (çoğalma hakkı), paylı mülkiyette paydaşlardan birinin payı üzerindeki haktan herhangi bir sebeple feragat etmesi durumunda, özellikle *servus communis* (ortak köle)'in paydaşlardan biri tarafından *manumissio* ile azat edilmesinde³⁶⁹, gündeme gelmektedir. *Ius adcrescendi* gereğince hakkından feragat eden paydaşın payı, diğer paydaşlara intikal etmektedir. Roma hukukunda paylı mülkiyette *ius adcrescendi*'ye ilişkin kuralların uygulandığı düşünülmektedir³⁷⁰.

Ius adcrescendi, hem sağlararası hukuki işlemlerden *communio*'da hem *mortis causa*³⁷¹ özelinde kendini göstermektedir³⁷².

³⁶⁹ **Bonfante**, Corso, s. 21.

³⁷⁰ **Perozzi**, Istituzioni, s. 477; **Di Marzo**, s. 254; **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 145; **Bonfante**, **P.:** “Il Ius Adcrescendi nel Condominio”, Scritti Giuridici Varii, III. Obligazioni, Comunioni e Possesso, Torino 1926, s. 434-453, s. 434.

³⁷¹ *Mortis causa* ölüm sebebiyle anlamına gelmektedir. **Umur**, Lügat, s. 137. Mirasbırakan tarafından yapılan tasarrufları veya bir kimsenin ölümü nedeniyle elde edilen iktisapları ifade etmektedir. **Berger**, s. 588.

³⁷² **Evangelisti**, *ius adcrescendi*; Delogu, R. V.: L'accrescimento nel Diritto Ereditario Romano, Milano 1941, s. 1.

Ius adcrescendi'nin mevcut olabilmesi için mülkiyet birliği hâlinde birden fazla hak sahibinin mevcudiyetinin yanı sıra, söz konusu yapı içerisinde hak bakımından bir eksilmenin veya açığın ortaya çıkması gerekmektedir. *Ius adcrescendi*'nin bu bakımdan işlevi, söz konusu açığın doldurulmasıdır³⁷³. Yapı içerisinde her bir hak sahibinin hakkı, rakibinin eşit derecedeki hakkı ile sınırlandırılmaktadır. Hak sahiplerinin hakkının sona ermesi durumunda ise diğer hak sahiplerinin hakkı bir anlamda genişlemekte yani çoğalmaktadır³⁷⁴. Söz konusu daralmaya ve genişlemeye ise mülkiyetin elastik karakterinin izin verdiği düşünülmektedir³⁷⁵.

Doktrinde *ius adcrescendi*'nin yalnızca ortak kölenin azat edilmesi durumunda uygulandığını savunan görüşler bulunmakla birlikte; *ius adcrescendi*'ye ilişkin uygulama esasen ortak köle ile sınırlı değildir. Nitekim doktrindeki yaygın görüş, *ius adcrescendi*'nin paylı mülkiyetteki soyut pay kavramıyla ilişkili genel bir prensibi ifade ettiği ve ortak kölenin azat edilmesi durumunun, hakkın uygulanmasının tipik bir örneği olduğu yönündedir³⁷⁶.

Ius adcrescendi, paylı mülkiyette paydaşlardan birinin ortak köleyi azat etmesiyle, ortak köle üzerindeki payının diğer paydaşların payına eklenmesini ifade etmektedir. Miras ortaklığında ise mirasçılardan birinin miras payından feragat etmesi veya herhangi bir sebeple mirası iktisap edememesi durumunda, sahip olduğu payın diğer mirasçılara kendi payları oranında intikal etmesi ve onların payını artırması anlamına gelmektedir.

³⁷³ **Evangelisti**, *ius adcrescendi*.

³⁷⁴ **Delogu**, s. 1.

³⁷⁵ **Evangelisti**, *ius adcrescendi*.

³⁷⁶ **Evangelisti**, *ius adcrescendi*; **Betti**, s. 430.

Ius adcrendi'nin paylı mülkiyetteki uygulaması ve işlevi, *derelictio* kavramı hakkındaki tartışmalar üzerinden ilerlemektedir.

A. *Derelictio*

Derelictio, malikin kendi isteğiyle mülkiyet hakkından feragat etmesi, malını terk etmesi veya sınırlı aynî hak sahibinin, başkasına ait mal üzerindeki hakkından feragat etmesi anlamına gelmektedir³⁷⁷.

Derelictio hakkındaki metni inceleyelim:

D. 41.7.3 (*Modestinus libro sexto differentiarum*)

An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Derelictio kavramının ele alındığı metinde Modestinus, *pars derelicta*'nın, başka bir deyişle malın belirli bir payı/parçası üzerindeki hakkın terk edilmesinin, mümkün olup olmadığını tartışmaktadır. Metne göre paylı mülkiyette bir paydaş payı üzerindeki hakkı terk edebilir. Bununla birlikte, bir mala tek başına sahip olan malikin, malın bir parçası üzerindeki mülkiyet hakkını terk etmesi kabul edilmemektedir³⁷⁸. Öte yandan, Modestinus'a ait metnin *interpolatio* yoluyla değiştirildiği düşünülmektedir. Özellikle

³⁷⁷ **Umur**, Lügat, s. 57.

³⁷⁸ **Evangelisti**, *ius adcrendi*; **Di Marzo**, s. 254; **Bonfante**, *ius adcrendi*, s. 442-443.

metindeki belirsiz, genel ve soyut bir ifade olan “*ut hoc sit in parte*” ifadesinin *compilatores*’e ait olduğu belirtilmektedir³⁷⁹.

Derelictio ile paydaşlardan birinin paylı mal üzerindeki payını terk etmesi sonucunda terk edilen kısmın *res nullius* (sahipsiz mal) kabul edilip *occupatio* ile elde edilip edilemeyeceği önemli bir meseledir. Terk edilen kısmın *res nullius* kabul edilmemesi durumunda ise üzerindeki hakkın diğer paydaşlara intikal edip etmeyeceği hususu önem arz etmektedir³⁸⁰. Modestinus’a ait metinde bu sorulara cevap verilmemiştir. Fakat doktrinde terk edilen kısmın, diğer paydaşlar lehine bir artışa sebep olduğu genellikle kabul edilmektedir³⁸¹.

Ius adcrendi hakkında Modestinus’un herhangi bir açıklama getirmemiş olması doktrinde tartışılmıştır. İlgili metinde *ius adcrendi*’den bahsetmek için esasen hiçbir neden yoktur ve *derelictio*’nun gerek tek kişi mülkiyeti gerek paylı mülkiyetteki biçimine ilişkin farkın açıklanmaya çalışıldığı bir metin açısından ilgisizdir³⁸². Zira, metinde Modestinus’un *Libri Differentiarum* eserinden alıntı yapılmıştır ve söz konusu

³⁷⁹ **Evangelisti**, *ius adcrendi*; **Bonfante**, Corso, s. 24; **Bonfante**, *ius adcrendi*, s. 446.

³⁸⁰ **Bonfante**, *ius adcrendi*, s. 442.

³⁸¹ **Bonfante**, *ius adcrendi*, s. 435; Iustinianus Dönemi’nde *res derelicta*’nın *occupatio*’ya konu olduğu kabul edilmektedir. **Evangelisti**, *ius adcrendi*. **Iust. Inst. 2.1.47**: “*Qua ratione verius esse videtur et si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominium effici. pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abiecerit ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.*” Bu nedenle, sahibi tarafından terk edilmiş bir malı ele geçiren kimsenin, derhâl malın maliki olması doğru görünmektedir. Malikin kasten bir kenara attığı mal terkedilmiş sayılır ve malikin olmaktan çıkar.

³⁸² **Bretone, M.**: *Servus Communis, Contributo alla Storia della Comproprietà Romana in Età Classica*, Napoli 1958, s. 183; **Evangelisti**, *ius adcrendi*.

eser Modestinus'un hukuki kurumlar ve kavramlar arasındaki farklılıkları açıkladığı bir eseridir³⁸³.

Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde *ius adcrendi*'nin paylı mülkiyet açısından genel bir kural olarak uygulandığı düşüncesine katılıyoruz ve bir paydaşın paylı maldaki payını terk etmesi sonucunda *ius adcrendi* aracılığıyla kendi payının diğer paydaşlar özelinde bir artış yaratması gerektiğini düşünüyoruz. Modestinus'a göre tek kişi mülkiyeti bakımından malike, sahip olduğu mülkiyet hakkının bir kısmını terk etmesine izin verilemez. Malikin bütünün bir kısmına ilişkin hâkimiyeti elinde tutması ve diğer kısmını terk etmesi düşüncesini kabul etmek mümkün değildir. Nitekim bu yol, terk edilen kısmı *res derelicta* hâline getirmez³⁸⁴.

B. Manumissio

1. Kavram

Ius adcrendi'ye ilişkin tartışmalar, ortak kölelerin *manumissio* ile azat edilmesi meselesinde de gündeme gelmektedir. Kölelerin hukuki statüsü kapsamında *manumissio* ve *ius adcrendi* kavramları arasındaki ilişki, Roma hukukunun dönemlerinde farklılık göstermektedir.

Manumissio, *manus* (el) ile *mittere* (serbest bırakmak) kelimelerinden türetilmiştir ve efendinin kölesini azat etmesine ilişkin bir hukuki işlemdir³⁸⁵.

³⁸³ Berger, s. 436; Di Marzo, s. 254; Bretone, Servus, s. 182-183.

³⁸⁴ Evangelisti, *ius adcrendi*; Umur, Eşya, s. 39.

³⁸⁵ Umur, Lügat, s. 131. *Ius civile* tarafından ortaya konulan azat etme şekilleri; *manumissio vindicta* (değnekle azat etme); *manumissio censu* (sayım yoluyla azat etme); *manumissio*

Manumissio kavramının *ius ad crescendi* ve paylı mülkiyet kavramı ile ilişkisinin anlaşılabilmesi için tarihsel gelişiminin incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda önemle belirtmek gerekir ki genel olarak kölenin azat edilmesi hususuyla değil *servus communis* (ortak köle)'in azat edilmesi hususu ile ilgilenmekteyiz.

2. Roma Hukukunun Farklı Dönemlerinde *Manumissio* Uygulaması

a. Arkaik Dönem

Ortak kölenin azat edilmesiyle ilgili elimizdeki ilk kaynak *consortium ercto non cito*'ya ilişkin Gaius'un *Institutiones*'indeki metinlerdir³⁸⁶.

Gai. Inst. 3.154b

Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum ceterorumue, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod

testamentu (vasiyetname ile azat etme)'dur. *Praetor* hukukuna göre azat etme şekilleri ise Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ortaya çıkmış olan ve *ius civile*'ye göre daha basit işlemlerden oluşan *manumissio inter amicos* (dostlar arasında azat etme); *manumissio per epistulam* (mektupla azat etme); *manumissio per mensam* (sofrada azat etme) idi. **Tahiroğlu, B./Erdoğan, B.:** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2022, s. 146-147; **Di Marzo,** s. 41-46; **Karadeniz Çelebican,** Roma Hukuku, s. 140-143; **Altın,** s. 82 vd.

³⁸⁶ Söz konusu metinler için bkz. *Birinci Bölüm*'de *Consortium Ercto Non Cito* başlığı

uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat.

Gai. Inst. 3.154b

Aynı türden bir ortaklık kurmak isteyen diğer kişiler de bunu *praetor* önünde belirli bir *legis actio* ile gerçekleştirebilmekteydi. Bu ortaklık biçiminde hem kardeşler arasında hem kardeşler arasındakinin bir örneği biçiminde ortaklık kurmak isteyen diğer kişiler arasında, şu özellik vardı ki, ortaklardan biri bile ortak köleyi azat ederek onu ortakların tümü için özgür kılmaktaydı ve ortakların tümüne azatlı kazandırmaktaydı: benzer şekilde ortaklardan birinin ortak malı *mancipatio* ile devretmesi, o malı devralanın yapmaktaydı.

Daha önce de ele alındığı üzere *consortium ercto non cito*'da ortaklardan birinin köleyi azat etmesiyle köle özgürlüğüne kavuşmaktaydı ve bu konuda diğer ortakların onayının alınması gerekmemekteydi. Başka bir deyişle, birlikte mülkiyetin Roma'daki ilk şekli olan *consortium ercto non cito*'da ortağın tek başına *consortium*'a ait mala ilişkin böyle bir tasarrufta bulunabilmesi mümkündü³⁸⁷.

³⁸⁷ **Maschi**, Servo, s. 421; **Arangio-Ruiz**, Società, s. 11; **Van Warmelo**, s. 169.

Ortaklardan birinin böylesine bir tasarrufta bulunabilmesi *consortium ercto non cito*'nun bir çeşit kendine özgü birlikte mülkiyet tipi olduğunu göstermektedir³⁸⁸. Nitekim çağdaş hukuktaki elbirliği mülkiyetinden bu özelliğiyle ayrılmaktadır. Hukukun arkaik dönemlerinde pay kavramı da henüz gelişmediği için *consortium*'daki mülkiyet rejimi, paylı mülkiyete de benzememektedir.

b. Klasik Hukuk Dönemi

Paylı mülkiyette pay kavramı, her bir paydaşın paylı mal üzerindeki tasarrufunun gerçek sınırını; diğer paydaşların eşit hak sahipliğiyle çatışma olasılığını ifade etmekteydi³⁸⁹. Daha önce de vurgulandığı üzere, her paydaş payı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilmekteydi.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *manumissio* durumunda *ius adcrescendi* uygulaması gereği tek paydaşın *servus communis* (ortak köle)'i azat etmesi yeterli olmamaktaydı. *Manumissio* ile köleyi azat ederek bir *res* olan köle üzerindeki payını kaybeden paydaşın payı, diğer paydaşlar lehine artışa sebep olmaktaydı³⁹⁰. İzah edilen sebeplerle Roma'da

³⁸⁸ **Gönenç**, *Societas*, s. 11; **Atak**, s. 29.

³⁸⁹ **Evangelisti**, *ius adcrescendi*.

³⁹⁰ **Maschi**, *Servo*, s. 422; **Bonfante**, *istituzioni*, s. 294; **Segrè**, s. 177; **Evangelisti**, *ius adcrescendi*; **Di Marzo**, s. 254; **Erdoğan**, *Eşya*, s. 46; **Umur**, *Eşya*, s. 37; **Karadeniz Çelebican**, *Eşya*, s. 145; Klasik Hukuk Dönemi'nden farklı olarak kölelerin azat edilmesi hususunda Iustinianus'un yeni düzenlemeler getirdiği anlaşılmaktadır. **Bretone**, *Servus*, s. 141. **Karadeniz Çelebican**, *Roma Hukuku*, s. 145; **Bonfante**, *istituzioni*, s. 294; **Segrè**, s. 177. Bu kapsamda Klasik Hukuk Dönemi'ne ait kaynakların *manumissio* ile ilgili kısımlarının değiştirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle Klasik Hukuk Dönemi'nde *ius adcrescendi* uygulamasına ilişkin bilgilere *Digesta* yerine, Klasik Hukuk Dönemi'ne ait farklı

Klasik Hukuk Dönemi'nde kölelikten daha olumsuz bir hukuki kurumdan bahsedilecekse, bunun bir açıdan ortak kölelik olduğu ifade edilebilir. Nitekim bu dönemde ortak kölenin özgürlüğüne kavuşabilmesinin yegâne yolu, paydaşların tamamının ortak köleyi azat etmesine bağlıdır.

Söz konusu sonucun yalnızca Roma vatandaşlığına yol açan *manumissio* açısından mümkün olduğunu belirtmekte ayrıca fayda vardır. Öte yandan, *praetor* hukukuna göre tanınan *manumissio*'lar açısından böyle bir sonuç söz konusu değildir. Zira bir paydaşın *praetor* hukukuna göre *manumissio* işlemini gerçekleştirmesi her açıdan etkisizdir³⁹¹.

kaynaklardan ulaşmak mümkündür. **Maschi**, Servo, s. 422; **Evangelisti**, ius adcrendi; **Segrè**, s. 177; **Di Marzo**, s. 254; **Bretone**, Servus, s. 140-141. Söz konusu kaynaklar için bkz. **Epit. Ulp. (veya Tit. Ulp.) I.18**: “*Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrendit socio; maxime si eo modo manumiserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturum esset. Nam si inter amicos eum manumiserit, plerisque placet eum nihil egisse.*” **Paul. Sent. IV.12.1**: “*Servum communem unus ex dominis manumittendo Latinum facere non potest nec magis quam civem Romanum: cuius portio eo casu, quo, si proprius esset, ad civitatem Romanam perveniret, socio adcrendit.*” **Frg. Dosith. 10**: “*Communis servus ab uno ex sociis manumissus, neque ad libertatem pervenit et alterius domini totus fit servus iure adcrendi. Sed inter amicos servus ab uno ex sociis manumissus utriusque domini servus manebit; ius enim adcrendi in hac manumissione non versatur; quamvis Proculus existimaverit adcrendi eum socio... qua sententia utimur.*”

³⁹¹ **Evangelisti**, ius adcrendi. **Bretone**, Servus, s. 143, 149-150; **Van Warmelo**, s. 169.

Gaius'a ait metinde de ifade edildiği üzere (**Gai. Inst. 3.167a**³⁹²), ortak kölenin elde ettiği kazançlar, payları oranında paydaşlara ait kabul edilmekteydi³⁹³. Bununla birlikte, ortak kölenin paydaşlardan birinin *iussum*³⁹⁴ (emir, talimat)'u ile veya paydaşlardan birinin ismini belirterek işlem yapması durumunda elde ettiği kazanç, köleye emri veren veya ismi zikredilen paydaş tarafından elde edilmekteydi³⁹⁵. Bununla birlikte, ortak kölenin kazançları hususunda paydaşlardan birinin kazanç elde etmeye ehliyeti olmadığı hâllerde, söz konusu kazanç, ehliyeti olan diğer paydaşa veya paydaşlara *ipso iure* intikal etmekteydi. Bu yolla ehliyeti olan paydaşların payında yine bir artış meydana gelmekteydi³⁹⁶.

c. Iustinianus Dönemi

Iustinianus Dönemi'ndeki uygulamaya göre tek bir paydaşın ortak köleyi azat etmesiyle köle özgürlüğüne kavuşmaktadır³⁹⁷. Bununla birlikte, köleyi azat eden

³⁹² Bkz. aşağıda *Res Communis'i Kullanma ve Res Communis'ten Yararlanma* başlığı

³⁹³ **Evangelisti**, *ius adcrendi*; **Bretone**, *Servus*, s. 19; **Umur**, *Eşya*, s. 37; **Erdoğan**, *Eşya*, s. 46.

³⁹⁴ Açık veya örtülü şekilde yapılmış veya yapılacak hukuki işleme izin vermek anlamına gelmektedir. **Umur**, *Lügat*, s. 104; **Berger**, s. 534.

³⁹⁵ **Evangelisti**, *ius adcrendi*; **Segrè**, s. 179; **Umur**, *Eşya*, s. 37-38.

³⁹⁶ **Segrè**, s. 179; **Di Marzo**, s. 254-255; **Umur**, *Eşya*, s. 37-38. *Sabiniani* ve *Proculiani* Okulları arasında bir paydaşın veya efendinin *iussum*'unun etkisi tartışmalıdır. Nitekim *Proculiani* Okulu *iussum*'un bu etkisini reddetmektedir. Tartışmalar hakkında bkz. **Bretone**, *Servus*, s. 85 vd. **Evangelisti**, *ius adcrendi*; **Leesen**, *Gaius*, s. 253 vd.

³⁹⁷ **Maschi**, *Servo*, s. 422; **Bonfante**, *istituzioni*, s. 294; **Karadeniz Çelebican**, *Eşya*, s. 147; **Di Marzo**, s. 254; **Erdoğan**, *Eşya*, s. 46; **Umur**, *Eşya*, s. 37.

paydaşın, diğer paydaşların bu sebeple meydana gelen zararını karşılaması gerekmektedir³⁹⁸.

Söz konusu kurala ilişkin metinleri inceleyelim:

Cod. Iust. 7.7.1.7 (Imperator Iustinianus)

*“Ius enim adcrecendi, quod antiqua iura in communibus
servis manumittendis introducebant, nullius esse momenti nec
in posterum frequentari penitus concedimus.”*

Metinde, önceki dönemlerde geçerli olmakla birlikte, ortak kölenin azat edilmesi hususunda *ius adcrecendi*'ye ilişkin kuralın artık geçerli olmadığı açıkça ifade edilmektedir.

Ius adcrecendi'ye ilişkin Iustinianus Dönemi'nde uygulamadan kaldırılan ortak köleler hakkındaki düzenlemeler *Codex*'te ele alınmaktadır:

Cod. Iust. 7.7.1 (Imperator Iustinianus)

*Pr. In communes servos eorumque libertatem et quando
cuidam domino pars libertatem imponentis adcrecit nec ne,
et maxime inter milites, qui huiusmodi imponunt libertatem,
multa ambiguitas exorta est apud veteres iuris auctores.*

*1. Et inventa est constitutio apud Marcianum in institutionibus
divi severi, per quam idem imperator disposuit necessitatem*

³⁹⁸ **Maschi**, Servo, s. 422; **Bonfante**, istituzioni, s. 294; **Di Marzo**, s. 254; **Bretone**, Servus, s. 141; **Erdoğan**, Eşya, s. 46; **Umur**, Eşya, s. 37.

imponi heredi militis comparare partem socii et servum libertate donare.

1a. Sed et alia constitutio Severi et Antonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea, quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatam est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definivit socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur: quod et Marcellus apud Iulianum in eius digestis notat: hocque et Marcellum, cum Iulianum notaret, rettulisse palam est.

Alıntı yaptığımız metinde, paylı mülkiyette ortak kölenin paydaşlardan biri tarafından azat edilmesi durumunda, payının diğer paydaşlara (efendilere), geçip geçmeyeceğinin eski dönemlerden beri, *veteres*³⁹⁹ arasında tartışmalı bir mesele olduğu

³⁹⁹ Eskiler veya büyükler anlamına gelen *veteres* kavramı, İmparatorluk Dönemi hukukçularının, Cumhuriyet Dönemi'nin son yüzyıllarında veya daha önce yaşamış hukukçuları anmak için kullandıkları kavramdır. Iustinianus Dönemi'nde, Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları da aynı isimle anılmaktadır. **Umur**, Lügat, s. 218.

belirtilmektedir. Konuyla ilgili tartışmaların özellikle Romalı askerlerin vasiyetname ile azat etme işlemi yapmaları hususunda yoğunlaştığı ifade edilmektedir⁴⁰⁰.

Alıntı yaptığımız metne göre, Severus’a ait bir Yasa’da belirtildiği üzere, paylı mülkiyet birliğinde paydaş olan bir askerin, ortak köleyi azat edebilmesi ve kölenin bu yolla özgürlük statüsünü elde edebilmesi bu paydaşın, diğer paydaşın veya paydaşların payını satın almasıyla mümkündür.

⁴⁰⁰ **Bonfante**, istituzioni, s. 294; **Van Warmelo**, s. 170. Roma hukukunda *testamentum militis* (asker vasiyeti) ayrıksı kurallara tabiydi. Nitekim bu hususta, genel kurallara uygun olmamasına rağmen askerler tarafından hazırlanan vasiyetnameler, askerlerin hukuki bilgisizliklerinin mazur görülmesi sebebiyle ve hizmetleri nedeniyle ödüllendirilmeleri maksadıyla geçerli kabul edilebilmekteydi. **Küçükgüngör**, Vasiyet, s. 138 vd. Bu hususta farklı imparatorların sırasıyla getirdiği düzenlemeler hakkında bkz. **D. 29.1.1 pr.**: “*Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: “Cum in notitiam meam prolutum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.”*”

Severus ve Antoninus zamanındaki başka düzenlemeye göre, paydaşın benzer bir durumda köle üzerindeki payını mirasçılara satmayı reddedemeyeceği, ancak *praetor*’un takdirine göre bir fiyat belirlenebileceği genel bir kural olarak kabul edilmiştir⁴⁰¹.

Kuralın gelişiminin son aşamasında Iustinianus’un önceki düzenlemeleri korumakla birlikte, ortak kölenin özgürlüğe kavuşmasına ilişkin hükmün kapsamını genişlettiği anlaşılmaktadır. Buna göre, azat eden kişinin statüsüne bakılmaksızın, her vatandaşın gerek *manumissio inter vivos* gerek *manumissio mortis causa* yoluyla ortak köleyi azat etmesi hâlinde, kölenin özgürlüğüne kavuşması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁰².

Metinlerden anladığımız kadarıyla Iustinianus Dönemi’nde, Klasik Hukuk Dönemi’ndeki kuraldan farklı olarak, bir paydaşın tek başına gerçekleştirdiği *manumissio*’nun etki doğurması ve bu yolla ortak kölenin özgürlüğünü elde etmesi gerektiği kabul edilmiştir⁴⁰³.

Iustinianus’un *Institutiones*’inin ikinci kitabının “*de donationibus*” başlığı altında *ius adcrendi* kavramı ele alınmaktadır:

Iust. Inst. 2.7.4

Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per ius adcrendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuit vel vindicta vel testamento, eo casu pars eius amittebatur et socio adcrecebat. sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate

⁴⁰¹ **Maschi**, Servo, s. 432-433.

⁴⁰² **Maschi**, Servo, s. 447; **Van Warmelo**, s. 170.

⁴⁰³ **Van Warmelo**, s. 170; **Evangelisti**, *ius adcrendi*.

servum defraudari et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem lucrum adcrecere: hoc quasi invidiae plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus et invenimus viam, per quam et manumissor et socius eius et qui libertatem accepit nostro fruuntur beneficio, libertate cum effectu procedente (cuius favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuisset manifestissimum est) et eo qui eam imposuit suae liberalitatis stabilitate gaudente et socio indemni conservato pretiumque servi secundum partem dominii quod nos definivimus accipiente.

Eskiden, *ius civile*'ye göre, *ius adcrescendi* (çoğalma hakkı) ile iktisap etmenin başka bir yöntemi daha vardı ve mahiyeti şu şekildeydi: *Titius* ile bir kimsenin ortak kölesi olsa ve sadece *Titius*, değnekle veya vasiyet yolu ile ortak köleye özgürlüğünü kazandırsa, bu takdirde (*Titius*) kendi payını kaybetmekteydi ve payı ortağına geçmekteydi. Ancak köleyi özgürlüğünden mahrum bırakan, merhametli efendinin ise zarar görmesine neden olan ve zalim efendinin kazanç elde etmesine kötü bir örnek teşkil eden bu haksız durumu ortadan kaldırmayı gerekli gördük. Adaletsizliklerle dolu bu durumu hakkaniyete uygun bir çareye başvurarak düzeltmek için yasalarımızdan biriyle hem azat edenin iradesinin geçerli olduğu hem ortağının payını aldığı hem de azat edilenin inayetimizden yararlanabildiği bir yol bulduk (eski kanun koyucuların da kimi zaman özgürlük lehine istisnai hükümler

getirdiği açıktır). Böylece, (köleyi) özgürlüğe kavuşturan cömertliği ile sevinebilir ve ortağı kendi payı oranında zararını tazmin edebilir.

Metinde, ortak kölenin azat edilmesi hususunda Klasik Hukuk Dönemi'ndeki genel kuraldan ayrılma gerekçesi sunulmuştur ve azat etme işlemine katılmayan paydaşların, paylı mülkiyetteki payları oranında zararlarının giderileceği belirtilmiştir.

Iustinianus Dönemi'ndeki değişiklik, Klasik Hukuk Dönemi'nden farklı olarak Doğu Roma'nın hukuk anlayışını yansıtan yeni bir fikir olarak mı yorumlanmalıdır yoksa Gaius'un ortaya koyduğu arkaik *consortium*'daki uygulamaya geri dönüş anlamına mı gelmektedir⁴⁰⁴? Nitekim dikkat edileceği üzere *consortium*'daki ortak kölelerin azat edilmesi uygulamasına bir açıdan geri dönmüştür.

Gaius'un aktardığı *consortium ercto non cito* rejimi, Iustinianus Dönemi'nde geçerliliğini çoktan yitirmiştir. Bu nedenle Iustinianus'un getirdiği yeniliklerde *consortium ercto non cito*'nun etkisini kabul etmek mümkün değildir. Öyle ki Iustinianus'un arkaik *consortium* rejiminden haberdar olmadığını söylemek mümkündür⁴⁰⁵.

Arkaik *consortium* rejimi ile Iustinianus rejiminin unsurları birbirinden farklıdır⁴⁰⁶. *Consortium ercto non cito*'da her bir ortak, *consortium*'a ait mal üzerinde, ortak kölenin azat edilmesinde olduğu gibi, tam tasarruf yetkisine sahiptir. Ayrıca arkaik *consortium*'da köleyi azat eden ortağın, diğer ortaklara tazminat ödemesine de gerek

⁴⁰⁴ **Maschi**, Servo, s. 423.

⁴⁰⁵ **Maschi**, Servo, s. 427-428.

⁴⁰⁶ **Maschi**, Servo, s. 428; **Evangelisti**, ius adcrendi.

yoktur. *Consortium*'da bir ortağın işlemi ile diğer ortakların, ortak köle üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmeleri söz konusudur ve bu son derece istisnai bir kuraldır⁴⁰⁷.

Iustinianus'un uygulaması ise, kendinden önceki imparatorların düzenlemelerinin genişletilmesinden ibarettir⁴⁰⁸. Gerçekten Iustinianus Dönemi'nde karşıt görüşler uzlaştırılmaya çalışılmıştır. Zira Iustinianus, getirdiği yeniliklerle toplumsal ilişkileri düzenlemeyi amaçlamıştır⁴⁰⁹.

Manumissio özelinde getirilen yeniliklerde etkili olan esas düşünce ise *favor libertatis*'tir⁴¹⁰. Bu nedenle, yapılan düzenlemelerle *consortium*'daki uygulamaya geri dönüş olduğu düşünülemez. Nitekim mevcut kuralların, *favor libertatis* ilkesi ile geliştirilmesi, çelişkilerinin giderilmesi ve tartışmalı hususlarının giderilmesi söz konusudur⁴¹¹.

Iustinianus Dönemi'ndeki *favor libertatis* (özgürlük lehine) ilkesine göre, özgürlüğe ilişkin bir durumla ilgili şüpheye düğüldüğünde, özgürlük lehine değerlendirme yapılmaktaydı:

D. 50.17.20 (Pomponius libro septimo ad Sabinum)

“Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit.”

⁴⁰⁷ **Maschi**, Servo, s. 428, 430.

⁴⁰⁸ **Maschi**, Servo, s. 448; **Evangelisti**, ius adcrendi.

⁴⁰⁹ **Maschi**, Servo, s. 439- 440.

⁴¹⁰ **Evangelisti**, ius adcrendi; **Maschi**, Servo, s. 440; **Segrè**, s. 177; **Bonfante**, istituzioni, s. 294; **Erdoğan**, Eşya, s. 46; **Umur**, Eşya, s. 37.

⁴¹¹ **Maschi**, Servo, s. 448; **Evangelisti**, ius adcrendi.

Özgürlüğe ilişkin yorum şüpheli olduğunda, cevap özgürlükten yana olmalıdır.

Gerçekten, kölelerin azat edilmelerine ve özgürlük durumlarına ilişkin her türlü karmaşık uygulama, Iustinianus Dönemi'nde ortadan kaldırılmıştır. Hristiyanlığın kölelik kurumuna pek olumlu yaklaşmamasının da bu hususta etkili olduğu söylenebilmektedir. Bu nedenle söz konusu dönemde azat etme işlemleriyle bağlantılı kısıtlamaların ve şekle ilişkin şartların hafifletilmesi yolunda bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, yine de bu Dönem'de şekilcilikten tam anlamıyla vazgeçildiği düşünülmemelidir⁴¹².

d. Değerlendirme

Klasik Hukuk Dönemi anlayışına göre bir kimsenin kısmen özgür kısmen köle olması düşünülememekteydi ve *manumissio* işlemine katılmayan paydaşların *dominium*'una engel olmamak için *ius adcrescendi* kuralı tercih edilmekteydi.

Iustinianus Dönemi'nde ise kölenin özgürlüğüne kavuşması öncelikli kabul edilmiş ve Klasik Hukuk Dönemi'ndeki kural terk edilmiştir⁴¹³. Böylece ilginçtir ki tekrardan arkaik dönemin *consortium ercto non cito*'daki çözümüne bir anlamda geri dönmüştür. Nitekim artık tek bir paydaşın veya efendinin gerçekleştirdiği *manumissio* işlemi, ortak köleyi özgür kılmak için yeterli kabul edilmiştir. Bu durum arkaik dönem ile Iustinianus Dönemi arasında *ius adcrescendi* açısından bir ilişki kurulabilmesine imkân sağlamamaktadır. Nitekim *consortium*'da bir kölenin tek bir ortak tarafından *manumussio* ile özgür kılınması ve bu işlemin diğer ortakları bağlaması, rejimin kendi

⁴¹² **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 144. *Favor libertatis* ve *humanitas* düşüncesinin

Iustinianus'un düzenlemesine etkisi için bkz. **Maschi**, Servo, s. 447.

⁴¹³ **Evangelisti**, *ius adcrescendi*.

yapısı içinde tutarlıdır. Iustinianus Dönemi'nde ise ortak kölenin özgürlüğü meselesi *favor libertatis* ile ilişkilidir⁴¹⁴.

III. *Res Communis*'i Kullanma ve *Res Communis*'ten Yararlanma

Mülkiyet hakkının gereği olarak paylı malı kullanma ve maldan yararlanma yetkileri, paydaşın eşyadan yarar elde etmesi anlamına gelmektedir. İki yetki de sahibine benzer imkân sağladığından, kullanmanın, en nihayetinde yararlanmanın özel bir türü olduğu kabul edilmektedir⁴¹⁵. Bu bakımdan yararlanmanın biri dar, biri geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda yararlanma, eşyadan hukuki ve doğal semerelerin elde edilmesi anlamına gelmektedir. Geniş anlamda yararlanma ise dar anlamda yararlanmaya ek olarak kullanmayı da kapsamaktadır⁴¹⁶.

Roma hukukunda kullanma ve yararlanma hususunda paylı mülkiyetin ortaya çıktığı farklı hâllere göre çeşitli kurallar öngörülmüştür.

Roma hukukuna göre özüne zarar vermeden paylı malın paydaş tarafından kullanılması ve maldan fayda sağlanması, ölçülü olmak koşuluyla ve başka bir paydaşın bunu engellememesi koşuluyla mümkündür⁴¹⁷. Daha önce izah edildiği üzere, *ius prohibendi* (engelleme hakkı)'ye ilişkin kurallar çerçevesinde bir paydaşın, diğer paydaşın herhangi bir işlemine engel olması mümkündür.

⁴¹⁴ **Evangelisti**, *ius ad crescendi*; **Segrè**, s. 177.

⁴¹⁵ **Öztaş**, s. 45; **Arpacı**, s. 7.

⁴¹⁶ **Öztaş**, s. 46.

⁴¹⁷ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 383; **Bonfante**, *Corso*, s. 31; **Umur**, *Eşya*, s. 37.

Öte yandan her paydaş, paylı maldan semere elde etme imkânına sahiptir. Fakat bundan elde edeceği yarar, elbette kendi payı ile sınırlandırılmıştır⁴¹⁸.

D. 22.1.25 pr. (Iulianus libro septimo digestorum)

“Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio, non maiore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est: nec refert, ipse an socius an uterque eos severit, quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur: et quemadmodum, si totum fundum alienum quis sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint, ita qui communem fundum possidet, non faciet suos fructus pro ea parte, qua fundus ad socium eius pertinebit.”

Alıntı yaptığımız metne göre bir paydaş *res communis* (paylı mal)’in semerelerinden faydalanabilir. Hatta paydaşın, diğer paydaşın bilgisi dışında veya rızasına aykırı şekilde *res communis*’ten semere elde etmesi de mümkündür. Bununla birlikte, paydaşın kendi payından fazla semere elde etmesi kabul edilemez.

Alıntı yaptığımız metin kapsamında semereleri elde etmekteki ölçütün, soyut pay kavramıyla ilgili olduğu tekrar anlaşılmaktadır. Bu kural, semereler açısından geçerli olduğu gibi paylı maldan elde edilen tüm yararlar için geçerlidir⁴¹⁹.

Konu hakkındaki başka bir metni inceleyelim:

⁴¹⁸ **Bonfante**, *Ius Prohibendi*, s. 383; **Bonfante**, *Corso*, s. 31-31.

⁴¹⁹ **Betti**, s. 431.

D. 45.3.5 (Ulpianus libro 48 ad Sabinum)

Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent. Licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat. Sed si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirat, cuius iussu stipulatus est.

Alıntı yaptığımız metinde belirtildiği üzere *servus communis* (ortak köle)'in *stipulatio* veya başka bir işlemle kazanç elde etmesi durumunda, söz konusu kazançlar her bir paydaşın veya efendinin köle üzerindeki payı oranında paydaşlara veya efendilere ait kabul edilmektedir.

Roma hukuku kuralları gereği köleler *res* (mal) kabul edildiği için kölelerin elde ettiği kazançlar da semere kabul edilmekteydi⁴²⁰.

Bununla birlikte, ortak kölenin elde ettiği kazançlar bakımından paydaşlardan birinin kazanç elde etmeye ehliyeti olmadığı hâllerde, söz konusu kazancın *ipso iure* diğer paydaşlara intikal ettiği düşünülmekteydi⁴²¹.

⁴²⁰ **Karadeniz Çelebican, Ö.:** Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara 1976, s. 48-49.

⁴²¹ **Segrè**, s. 179; **Di Marzo**, s. 254-255; **Umur**, Eşya, s. 37-38; **Evangelisti**, ius adcrendi.

Aynı metinde ortak kölenin efendilerinden birinin ismini vererek işlem yapması veya efendilerden birinin emriyle hareket etmesi durumu ayrıca ele alınmaktadır. Bu durumda sadece ismi verilen veya emri veren bu efendinin söz konusu kazancı elde etmesi gerektiği metinde belirtilmektedir.

Benzer bir durum Gaius'un *Institutiones*'inde de ele alınmaktadır:

Gai. Inst. 3.167

“Communem seruum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi soli acquirit, uelut cum ita stipuletur: TITIO DOMINO MEO DARI SPONDES? aut cum ita mancipio accipiat: HANC REM EX IVRE QVIRITIVM LVCII TITII DOMINI MEI ESSE AIO, EAQVE EI EMPTA ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA.”

Gai. Inst. 3.167a

“Illud quaeritur, an quod nomen domini adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. nostri praeceptores proinde ei, qui iusserit, soli acquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset seruus mancipioe quid accepisset; diuersae scholae auctores proinde utrisque acquiri putant, ac si nullius iussum interuenisset.”

Alıntı yaptığımız iki metinde de ortak kölenin elde ettiği kazancın, payları oranında paydaşlara ait olduğu kuralı tekrar edilmektedir⁴²². Bununla birlikte, ortak kölenin paydaşlardan birinin *iussum* (emir, talimat)’u ile veya paydaşlardan birinin ismini vererek işlem yapması durumunda elde ettiği kazanç, Gaius’a ve bağlı olduğu *Sabiniani* Hukuk Okulu⁴²³,na göre yalnızca köleye emri veren veya köle tarafından ismi zikredilen paydaşa ait kabul edilmekteydi⁴²⁴. Metinde Gaius’un da ifade ettiği gibi bu husus, okullar arasında tartışmalıydı⁴²⁵. Nitekim *Proculiani* Hukuk Okulu’na göre kölenin bu şekilde elde ettiği kazanç, paydaşların tamamına ait kabul edilmekteydi.

Ortak köleyle ilgili başka bir metni ele alalım:

D. 47.10.15.36 (Ulpianus libro 77 ad edictum)

“Si communem quis servum verberaverit, utique hac actione non tenebitur, cum iure domini id fecerit.”

Alıntı yaptığımız metne göre her bir paydaş, ortak köle üzerindeki egemenliğinin sonucu olarak köleyi cezalandırabilmektedir⁴²⁶. Gerçekten, efendilerin her biri ortak köle

⁴²² **Evangelisti**, ius ad crescendi; **Bretone**, Servus, s. 19; **Umur**, Eşya, s. 37; **Erdoğan**, Eşya, s. 46.

⁴²³ **Erdoğan**, B.: Roma Hukuku, İstanbul 1992, s. 65.

⁴²⁴ **Evangelisti**, ius ad crescendi; **Segrè**, s. 179; **Leesen**, Gaius, s. 254-255.

⁴²⁵ **Leesen**, Gaius, s. 254.

⁴²⁶ Paydaşın, ortak köleyi cezalandırması kabul edilmekle birlikte, yaralaması veya öldürmesi kabul edilmemektedir. **Umur**, Eşya, s. 39.

üzerinde eşit mülkiyet hakkına sahip olduğu için köleyi cezalandırmaları, malın kullanılması bakımından hukuka uygun kabul edilmektedir⁴²⁷.

IV. Sınırlı Aynî Haklar Bakımından Paydaşlar Arasındaki İlişkiler

A. *Servitudes*

Roma hukukunda taşınmaz lehine irtifak haklarının paylara bölünmezliği ilkesi benimsenmiştir⁴²⁸. Kölenin bir parçasının özgür, başka bir parçasının köle kalmasının mümkün olmaması gibi; irtifak hakkının taşınmazın yalnızca belirli bir parçası üzerinde tesis edilebilmesi mümkün değildir⁴²⁹. Nitekim irtifak hakkının zorunlu olarak taşınmazın tamamını ilgilendirdiği düşünülmektedir. Bu nedenle Roma hukuku kurallarına göre olumlu ya da olumsuz şekilde paylı taşınmaz üzerinde irtifak hakkının *pro parte* tesis edilmesi mümkün değildir⁴³⁰. Buradan hem irtifak hakkının paylara bölünemediği hem *res communis* (paylı mal) üzerindeki payda irtifak hakkının kurulamasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır⁴³¹. Bununla birlikte, taşınmazın parsellere ayrılması durumunda her bir parselin ayrı bir taşınmaz olarak kabul edilmesi nedeniyle, parseller üzerinde irtifak hakkının kurulabilmesi mümkündür⁴³².

Bu hususta Ulpianus'a ait bir metni ele alalım:

⁴²⁷ **Bonfante**, Corso, s. 32; **Bonfante**, Ius Prohibendi, s. 383; **Pólay, E. (Çev. Szabó, J.):** Iniuria Types in Roman Law, Budapest 1986, s. 152; **Tarhan, A.:** Roma Hukuku'nda Iniuria (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 85.

⁴²⁸ **Öcal Apaydın**, s. 101; **Di Marzo**, s. 307; **Erdoğan**, Eşya, s. 108.

⁴²⁹ **Öcal Apaydın**, s. 101.

⁴³⁰ **Evangelisti**, ius adcrendi; **Umur**, Eşya, s. 136; **Öcal Apaydın**, s. 105.

⁴³¹ **Öcal Apaydın**, s. 102.

⁴³² **Öcal Apaydın**, s. 102.

D. 8.4.6.1 (*Ulpianus libro 28 ad Sabinum*)

“Si quis partem aedium tradet vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec adquiri. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit, ut plerique faciunt: nam et hic pro duabus domibus accipi debet.”

“Eğer bir kimse bir binadaki ya da arazideki payını devir ve teslim ederse, payı irtifak hakkı ile yüklü olmaz. Çünkü ne bir pay irtifak hakkı ile yüklü olabilir ne de bir pay üzerinde irtifak hakkı kazanılabilir. Şüphesiz bir taşınmaz parsellere ayrılmış ve devredilmişse, bireysel olarak bir parsel belirlenmişse, bir parsel ya da diğeri irtifak hakkı ile yüklü olabilir. Çünkü bu durumda [irtifak hakkı] taşınmaz payı üzerinde söz konusu olmamaktadır; taşınmazın kendisi üzerinde söz konusu olmaktadır. Bina için de aynı gerekçelere başvurulabilir. Eğer malik binanın ortasına bir duvar inşa ederse, birçoklarının yaptığı gibi, evi ikiye bölmüş olur. Nitekim bu durumda iki evden bahsedilir.”⁴³³

Alıntı yaptığımız metinde paylı mülkiyette pay üzerinde irtifak hakkı kurulamayacağı açıkça belirtilmektedir. Bununla birlikte, taşınmazın parsellere ayrılması

⁴³³ Öcal Apaydın, s. 105.

durumunda, her bir parsel bağımsız birer taşınmaz kabul edildiği için, her biri üzerinde irtifak hakkı kurulabilmesi mümkündür.

Konuyla ilgili başka bir metni ele almak gerekirse:

D. 8.1.11 (*Modestinus libro sexto differentiarum*)

“Pro parte dominii servitatem adquiri non posse volgo traditur: et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quoque neque legari neque adimi via potest et, si id factum est, neque legatum neque ademptio valet.”

Metne göre bir taşınmaz parçası (payı) üzerinde *via* (geçit irtifakı) kurulması mümkün değildir. Metinde buna ilişkin yapılan *stipulatio*’ların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Benzer şekilde, taşınmaz payı üzerinde *legatum* (belirli mal bırakma) yoluyla *via* (geçit irtifakı) kurulması da mümkün değildir.

D. 8.3.28 (*Iulianus libro 34 digestorum*)

“Itinere ad praedium commune duorum legato nisi uterque de loco itineris consentiat, servitus neque acquiritur neque deperit.”

Iulianus bu metinde, kendilerine vasiyet bırakılmış kişilere ait mal üzerinde *iter*⁴³⁴ (başkasının arazisinden yürüyerek geçme)’in tesis edilebilmesi için tüm paydaşların rızasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Metinde de ifade edildiği gibi malikler *iter*’in

⁴³⁴ *Iter* kelimesinin, gitmek anlamına gelen “eo” dan türetildiği düşünülmektedir. **Öcal Apaydın**, s. 36.

yeri hususunda hemfikir olmadıkça, paylı mal üzerinde irtifak hakkı tesis edilebilmesi mümkün değildir (*nisi uterque de loco itineris consentiat*).

Benzer durumun ele alındığı başka bir metni inceleyelim:

D. 8.3.19 (*Paulus libro sexto ad Sabinum*)

“Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt, quia ita dari eis potest: ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.”

Alıntı yaptığımız metne göre paylı malda paydaşlardan birinin *iter* tesis edilmesine ilişkin yapmış olduğu *stipulatio* geçersiz kabul edilmektedir. Bununla birlikte, paydaşların tamamının veya paydaşlara ait *servus communis* (ortak köle)’in *stipulatio* ile bunu taahhüt etmesi geçerli kabul edilmektedir. Nitekim öngörülen bu olasılıkta, tüm paydaşların oybirliği ile irtifak hakkı tesis edilmektedir.

Ayrıca, irtifak hakkının kurulması ve sona erdirilmesi konusunda, paydaşların tümünün iradelerini aynı anda açıklamalarına gerek yoktur. Şöyle ki:

D. 8.4.18 (*Paulus libro primo manualium*)

“Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant vel adquirant, ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmantur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent et ideo si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed

perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent: igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. Idem iuris est et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit. Ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possunt, vel diversis temporibus possint, et ideo non potest uni vel unus cedere. Idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes. Nam si omnes socii legent servitutes et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.”

Alıntı yaptığımız metnin başında, *res communis* üzerinde irtifak hakkının kurulmasıyla ilgili paydaşlar arasında irade beyanına ilişkin genel bir kurala yer verilmektedir. Buna göre *res communis* üzerinde irtifak hakkı tesis etmek için tüm paydaşların iradelerini aynı anda beyan etmeleri gerekli değildir. Nitekim paydaşlar iradelerini farklı zamanlarda da beyan edebilirler. Böyle bir durumda, sona kalan paydaşın iradesini beyan etmesiyle irtifak hakkının kurulması mümkün olmaktadır⁴³⁵.

Başka bir metin, irtifak hakkının nasıl kurulması gerektiği meselesini ele almaktadır:

⁴³⁵ **Di Marzo**, s. 307.

D. 8.3.11 (Celsus libro 27 digestorum)

“Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.”

Metne göre bir taşınmazın birden fazla maliki olması durumunda, yani taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet olması durumunda, paydaşların her biri *res communis* üzerinde geçit (geçme: yürüyerek veya sürüyle) irtifakı kurulmasını sağlayabilir. Metne göre işbu kural katı şekilde yorumlandığında, *in iure cessio* yoluyla her bir paydaşın tek tek iradesini beyan etmesiyle ve sona kalan paydaşın *in iure cessio* işlemini gerçekleştirmesiyle *res communis* üzerinde irtifak hakkının kurulması sağlanmış olur. Bununla birlikte, yorumda esnek davranılırsa farklı bir sonuca ulaşabilmek de mümkün görünmektedir. Nitekim aynı metinde son paydaştan önce başka paydaşların *in iure cessio*’yu gerçekleştirmiş olması durumu ayrıca ele alınmıştır. Bu durumda işlemi gerçekleştiren paydaşların bununla bağlı olmaları gerektiği vurgulanmış ve işlemi yapmış oldukları kimselerin irtifak hakkını kullanmalarını engelleyemeyecekleri kuralı getirilmiştir⁴³⁶.

B. Hypoteca

Roma hukukuna göre paylı mülkiyette paydaşın payını rehin vermesi kabul edilmekteydi. Bu husus hakkında Gaius’a ait bir metni incelemek gerekirse:

⁴³⁶ **Di Marzo**, s. 307.

D. 20.6.7.4 (*Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam*)

“Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.”

Alıntı yaptığımız metne göre bir kimsenin paylı maldaki payı üzerinde rehin hakkı tesis etmesi mümkündür. Bundan sonra paylı malın iki paydaş arasında paylaştırılması durumunda, rehinin malın tamamı üzerinde paydaşın payı oranında devam ettiği metinde belirtilmektedir. Başka bir anlatımla mal, paydaşlar arasında bölünse bile, rehin ½ oranında malın tamamı üzerinde devam etmektedir.

Metin paylı malda kurulan rehin hakkının aynî etkisinin vurgulanması açısından önemli olduğu kadar bu aynî etkinin paylı mülkiyette soyut pay ile ilişkilendirilmesi açısından da önem arz etmektedir.

C. *Ususfructus*

Ususfructus (intifa hakkı) başkasına ait bir taşınmaz ya da taşınır malı, malın niteliğini ve ekonomik işlevini değiştirmeden kullanma ve bu maldan elde edilen semereleri kazanma hakkını ifade etmektedir⁴³⁷.

Paylı mülkiyet konusunda *ususfructus*’a ilişkin tartışmalı bir metni ele almak gerekirse:

⁴³⁷ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 254.

D. 33.2.31 (Labeo libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatorum)

“Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. Ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est.”

Metinden anlaşıldığı kadarıyla paylı mülkiyetine sahip olunan arazi üzerinde paydaşlardan biri *legatum*⁴³⁸ yoluyla eşine intifa hakkı tesis etmiştir. Paydaşın ölümünden sonra mirasçı, *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası) ile ortaklığın sona erdirilmesini hakemden talep etmiştir. Hakem, bu doğrultuda araziye hak sahipleri

⁴³⁸ Metinde belirtilmese de bahsi geçen *legatum*’un türünün *legatum per vindicationem* olduğu düşünülmektedir. **Gordon, W. M.:** “D. 33.2.31 – Usufruct and Common Property”, Studi in Onore di G. Grosso, Volume Quarto, Torino 1971, s. 307-313, s. 307. Gerçekten Klasik Hukuk Dönemi’nde intifa hakkı tesisinin en yaygın biçiminin *legatum per vindicationem* olduğu kabul edilmektedir. Zira bir kimse lehine, ölüme bağlı tasarrufla aynî hak bırakılmasının en kolay yolunun *legatum per vindicationem* olduğu düşünülmektedir. Bu yolla mirasbırakan, mirasçısına kalacak mal üzerinde, bir başkası lehine intifa hakkı tesis edebilmektedir. **Karadeniz Çelebican,** Eşya, s. 263.

arasında bölüştürmüştür. Bu durumda sağ kalan eşin intifa hakkı hususunda Trebatius ve öğrencisi Labeo arasında görüş ayrılığı olduğu metinden anlaşılmaktadır. Buna göre, bölüştürmeden sonra sağ kalan eşin, arazinin mirasçıya tahsis edilen kısmında mı intifa hakkı mevcuttu? Yoksa arazinin tamamı üzerinde yarı oranında mı hakkı vardı?⁴³⁹.

Metinde ifade edildiği üzere Trebatius'un görüşü, mirasçıya tahsis edilen kısımda sağ kalan eşin intifa hakkına sahip olduğu yönündeydi. Bununla birlikte Labeo, hakemin paylı malı bölüştürme kararının intifa hakkını etkileyemeyeceğini düşünmekteydi. Zira Labeo, bölüştürmeden önce sağ kalan eşin arazinin tamamı üzerinde yarısı oranında ve *pro indiviso* (bölünemeyen) payının mevcut olduğunu ve hakemin sonrasında bunu değiştiremeyeceğini ve kararının üçüncü kişiyi bağlamayacağını düşünmekteydi.

Trebatius ve Labeo arasındaki görüş ayrılığının sebebi olarak Trebatius'un ortaklığın giderilmesi davası açısından Roma usûl hukuku kuralları bakımından *legis actio* sisteminde *per iudicis (arbitrive) postulationem*'i düşünerek konuyu ele aldığı ve hakemin buradaki *adiudicatio*'sunun *erga omnes* mahiyeti taşıdığı; başka bir anlatımla, üçüncü kişileri de bağladığını düşündüğü belirtilmektedir. Aynı görüşe göre, Labeo'nun aynı dava bakımından *formula* sistemini düşünerek dava sonucunda verilen hükmün üçüncü kişileri bağlamayacağını ifade ettiği belirtilmektedir⁴⁴⁰. Bu görüşe alternatif olarak, Trebatius ve Labeo'nun intifa hakkı kavramını ele alırken farklı yaklaşımlara sahip oldukları da ayrıca ileri sürülmektedir.

⁴³⁹ **Gordon**, s. 307-308.

⁴⁴⁰ Kanıtlar yetersiz olduğu için söz konusu görüş eleştirilmektedir. **Gordon**, s. 308.

Gerçekten Trebatius intifa hakkını, mülkiyet hakkının bir uzantısı olarak kabul etmekte ve intifa hakkının mülkiyetin kaderini takip etmesi gerektiğini düşünmektedir. Labeo ise intifa hakkını, mülkiyetin kaderinden etkilenmeyen bağımsız bir hak olarak kabul etmektedir⁴⁴¹.

V. Paydaşların Giderlere Katılması

Roma hukukunda her paydaşın paylı mala ilişkin giderlere payı oranında katılacağı kuralı kabul edilmektedir.

Ulpianus'a ait metinde bu kural izah edilmektedir⁴⁴²:

D. 17.2.52.10 (Ulpianus libro 31 ad edictum)

“Idem respondit: socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris intra quattuor menses, postquam opus reffectum erit, recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat. Finge enim malle eum magis suum consequi quam dominium insulae. Oratio enim divi Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor dominium dedit.”

⁴⁴¹ Gordon, s. 309-310.

⁴⁴² Bonfante, Ius Prohibendi, s. 408; Dinçer, N.: Klasik Dönem Roma Hukukunda Actio Pro Socio ve Actio Communi Dividundo İlişkisi, İzmir 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 113.

Alıntı yaptığımız metinde *societas*'ın ortaklarının paylı mülkiyetine sahip oldukları bir yapının onarılması için yapılan giderlerin tazmin talebinin *actio pro socio* ile sağlanabileceği belirtilmektedir. Her ne kadar metinde sadece *actio pro socio*'dan bahsedilmiş olsa da tarafların aynı zamanda *actio communi dividundo*'ya başvurabilecekleri doktrinde kabul edilmektedir⁴⁴³.

VI. Sorumluluk ve Zararın Tazmini

Roma hukukunun gelişiminde, sorumluluk konusundaki prensiplerde önemli değişiklikler gerçekleşmiştir. Özellikle Klasik Hukuk Dönemi'ne ait sorumluluk konusundaki metinlerde *interpolatio* yoluyla esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu nedenle sorumluluk konusunda Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin prensipleri aydınlatılabilmek tam olarak mümkün değildir⁴⁴⁴.

Roma hukukunda sorumluluk hususundaki prensipler objektif sorumluluktan (kusursuz sorumluluk) sübjektif sorumluluğa (kusur sorumluluk) doğru bir gelişim göstermiştir⁴⁴⁵.

Roma hukukunda ağırlık derecesine göre *culpa* (kusur), *dolus* (kasıt) ve *culpa* (ihmal) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Dolus*, bir kimsenin bilerek ve isteyerek, haksız şekilde hareket etmesiyle başka bir kimseye zarar vermesinde; *culpa* ise yeterli dikkat ve özenin gösterilmemesinde ve zararın meydana gelmesini önlemek için gerekli tedbirlerin

⁴⁴³ **Dinçer**, s. 113.

⁴⁴⁴ **Rado**, s. 23-24; **Gönenç**, *Societas*, s. 73.

⁴⁴⁵ **Rado**, 23; **Dinçer Araz, N.**: “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak ‘Özen Yükümü (Diligentia)’” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2020), C. 22, Sa. 1, s. 171-218, s. 174; **Erdoğan**, *Borçlar*, s. 25; **Gönenç**, *Societas*, s. 84.

alınmamış olması durumlarında söz konusu olmaktadır⁴⁴⁶. İhmalin *culpa lata* (ağır ihmal) ve *culpa levis* (hafif ihmal) şeklinde derecelere ayrılması ise Iustinianus Dönemi'nde gerçekleşmiştir⁴⁴⁷.

Klasik Hukuk Dönemi'nde borçlu, *omnis culpa* (tüm kusurlarından yani *dolus*, *culpa lata* ve *culpa levis*)'dan sorumlu tutulmuştur⁴⁴⁸.

Bununla birlikte, *omnis culpa*, bazı hâllerde hafifletilmiştir. Nitekim bazı hâllerde borçlunun sadece kendi işlerinde göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermesi yeterli kabul edilmiştir⁴⁴⁹.

Herkesin bildiği ya da yaptığı şeyi bilmemek veya yapmamak anlamında *culpa lata*, Roma hukukunda *dolus* ile aynı hükümlere tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, dikkatli ve özenli bir kimsenin göstermesi gereken özeni göstermemesi durumunda *culpa levis*'ten söz edilmektedir. *Culpa levis*'in tespiti ise *diligentia* (özen yükümü) ile sağlanmaktadır. Buna göre, *culpa levis*'in tespitinde Romalılar genellikle *diligens pater familias* (özenli aile babası)'ın davranışını *culpa in abstracto* (soyut ölçü) olarak kabul etmektedir. Ancak bazı hâllerde *culpa in concreto* (somut ölçü) olarak borçlunun *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde göstermesi gereken özen)'in kabul edilmesi de mümkündür⁴⁵⁰.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *diligentia*, malların yönetimi ve borçların ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özen anlamına gelmektedir. Bu bakımdan

⁴⁴⁶ Rado, s. 24-26; Dinçer Araz, *Diligentia*, s. 175; Erdoğan, *Borçlar*, s. 29-33.

⁴⁴⁷ Rado, s. 25.

⁴⁴⁸ Rado, s. 27.

⁴⁴⁹ Rado, s. 27-28.

⁴⁵⁰ Gönenç, *Societas*, s.78; Dinçer Araz, *Diligentia*, s. 174-175.

borçlunun, alacaklının yararına aykırı hareketlerden kaçınması gerektiği, aynı zamanda edimini olumlu bir hareket olan dikkatle ve özenle yerine getirmek zorunda olduğu kabul edilmektedir⁴⁵¹.

Öte yandan Roma hukukunda paylı mülkiyet bakımından paydaşların sorumluluğu, *societas*'ın ortaklarının sorumluluğuna benzetilmekteydi⁴⁵². Paydaşın, diğer paydaşa karışı *dolus* (kasıt) veya *culpa* (ihmal) hâlinde sorumlu olduğu kabul edilmekteydi⁴⁵³. *Culpa* bu bakımdan, henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde, paydaşın *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde göstermesi gereken özen) ölçütüne göre belirlenmekteydi⁴⁵⁴.

Konu hakkındaki metinleri inceleyelim:

D. 10.2.25.16 (*Paulus libro 23 ad edictum*)

“Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.”

⁴⁵¹ Söğütlü Erişgin, Contractus, s. 202-203.

⁴⁵² Rado, s. 136; Dinçer Araz, Diligentia, s. 206.

⁴⁵³ Dinçer Araz, Diligentia, s. 206.

⁴⁵⁴ Dinçer Araz, Diligentia, s. 206.

“Bir olay sonucunda mirası elinde bulunduran kimse, diğer ortak mirasçılara karşı o şeyin zarara uğramasından dolayı hem *dolus* hem de *culpa* dolayısıyla sorumludur. Çünkü burada, rızaların uyuşmasından kaynaklanan bir birlik değil de bir olay sonucunda ortaklaşa mülkiyete sahip olma söz konusudur. Bununla birlikte hiçbir zaman iyi bir aile babasının göstermesi gereken bir özen yükümü söz konusu değildir. Çünkü o kişiye düşen payı yönetmekle yükümlü olan kimseye, diğer ortak mirasçılara karşı hiçbir zaman vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan davayı açma yetkisi verilemez. Sadece kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi yeterli sayılmıştır. Bu husus aynı şeyin iki kişiye muayyen mal vasiyeti yoluyla bırakılmasında da geçerlidir. Zira bu durumda da onlar tarafından gerçekleşen bir rıza uyuşması söz konusu değildir; ama her birinin müşterek malda ortak yararı söz konusudur.”⁴⁵⁵

Alıntı yaptığımız metinden anlaşıldığı üzere miras ortaklığında paydaşlar, ortaklığın diğer üyelerine karşı *dolus*’tan başka, miras ortaklığına ilişkin işlerde, kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermek zorundaydı. Metinde belirtildiği üzere, *dolus*’u aşan bir sorumluluk ölçütü olarak mirasçıların *diligentia quam in suis*⁴⁵⁶ ölçütüne göre sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmekteydi. Zira mirasçılar, kendi yararları için hareket

⁴⁵⁵ **Dinçer Araz**, *Diligentia*, s. 206.

⁴⁵⁶ Metinde geçen “kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü” kavramının Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’ne ait olduğu düşünülmektedir. **Dinçer Araz**, *Diligentia*, s. 206.

ederken, aynı zamanda ortaklık için de hareket etmekteydi. Bu nedenle mirasçılara *negotiorum gestio* (vekaletsiz iş görme)'dan kaynaklanan dava⁴⁵⁷ da tanınmamaktaydı.

Özen ölçütü olarak *diligens paterfamilias* (iyi aile babasının göstermesi gereken özen) ölçütü yerine, mirasçının *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde göstermesi gereken özen) ölçütü kullanılması, mirasçıların *culpa* sorumluluğunun hafifletildiğini göstermektedir⁴⁵⁸. Bu bakımdan sorumluluk hususunda paydaşlar arasındaki menfaatler bakımından bir denge sağlandığı anlaşılmaktadır. Miras ortaklığında paydaşlar, metinde de ifade edildiği gibi, kendi rızalarıyla ortaklık ilişkisine dahil olmamışlardır; zira ölüm olayıyla birlikte kendilerini, deyim yerindeyse, bu birlik içinde bulmuşlardır (*quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum*). Bu nedenle Roma hukuku kuralları gereği sorumluluk ölçütü bakımından daha hafif bir ölçü *diligentia quam in suis* kabul edilmiştir. Bununla birlikte, miras ortaklığında her bir mirasçı, ortaklık için olduğu kadar kendi yararına da hareket etmektedir. Bu nedenle mirasçının yani paydaşın, *dolus*'un yanında *culpa*'dan da sorumlu olması gerektiği ayrıca kabul edilmektedir.

VII. *Res Communis*'e İlişkin Özel Hâller

A. *Res Communis*'e Cenaze Defnetme

Roma hukukunda aynî hakların konusunu oluşturamayacağı düşünülen malları *res extra commercium divini iuris* (dinsel hukuk gereği ticarete elverişli olmayan mal) ve *res extra commercium humani iuris* (beşerî hukuk gereği ticarete elverişli olmayan mal) olarak iki başlık altında ele alabilmek mümkündür. Çalışmanın bu başlığı altında ele alınacak *res extra commercium divini iuris* niteliğindeki mallar ise kendi içinde *res sacrae*

⁴⁵⁷ *Actio negotiorum gestorum*

⁴⁵⁸ **Dinçer Araz**, *Diligentia*, s. 207.

(kutsal veya tanrısal mallar) kapsamındaki tapınaklardan ve dini törenlerde kullanılan araçlardan; *res religiosae* (dinsel mal) kapsamındaki ölülerin gömüldüğü topraklardan; son olarak *res sanctae* (adanmış mal) kapsamındaki şehir surlarından ve kapılarından ibaretti⁴⁵⁹.

Res religiosae üzerinde özel mülkiyet kurulamamaktaydı. Nitekim mezarları kapsayan bu türden mallar üzerinde ataların ruhlarının bir çeşit hakka sahip olduğuna inanılmaktaydı. Ayrıca bir toprak parçasının *res religiosae* statüsüne sahip olması için *ius sepulchrum* (mezar hakkı)'a sahip bir kimsenin kendi toprağına veya malikinin izniyle başkasının toprağına cenaze defnetmesi gerekmektedir⁴⁶⁰. Böyle bir hakka sahip olmadığı hâlde bir araziye cenaze defnedilmesi durumunda, defneden kimseye karşı *actio in factum*⁴⁶¹ açılabilmekteydi⁴⁶².

Paylı mala cenaze defnedilmesi sonucunda malın statüsü değişmekteydi. Böylece önceden *res in commercio* (ticarete elverişli mal) veya *res in patrimonio* (malvarlığına

⁴⁵⁹ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 35-37; **Erdoğan**, Eşya, s. 4-5.

⁴⁶⁰ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 36; **Erdoğan**, Eşya, s. 5.

⁴⁶¹ *Actio in factum*, *ius civile* tarafından dava tanınmadığı hâlde *praetor*'ların hakkaniyeti sağlamak adına tanıdıkları ve *formula*'nın *intentio* bölümüne yaptığı ekleme sonucunda meydana gelen, olaya dayanan davaları ifade etmektedir. *Actio in factum*, bir *praetor* davası olup, hâkimin olayın doğruluğunu tespit etmesiyle birlikte davalıyı mahkûm ettiği davaları ifade etmektedir. **Yeşiller, M.**: “Roma Hukukunda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğı” Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (2013), C. 3, Sa. 1, s. 177-191, s. 180; **Umur**, Lügat, s. 15.

⁴⁶² **Erdoğan**, Eşya, s. 5.

dahil olan mal) statüsünde olan malın; aynî hakların konusunu oluşturamayacağı düşünülen mallardan *res religiosae* statüsüne geçmesi söz konusuydu⁴⁶³.

Öte yandan, aşağıda yer alan metinlerde görüleceği üzere, paylı mülkiyet bağlamında *ius prohibendi* ile ilgili kurallar, genel kurallara kıyasla belirli farklılıklar içermektedir.

D. 11.7.41 (*Callistratus libro secundo institutionum*)

“Si plures sint domini eius loci, ubi mortuus infertur, omnes consentire debent, cum extranei inferantur: nam ex ipsis dominis quemlibet recte ibi sepeliri constat etiam sine ceterorum consensu, maxime cum alius non sit locus in quo sepeliretur.”

Alıntı yaptığımız metinde paydaşların kendileri dışında birine ait cenazenin paylı mala defnedilmesi durumunda, paydaşların tamamının buna rızasının gerekli olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte paydaşlardan birinin, özellikle o paydaşın defnedilebileceği başka bir arazi olmaması durumunda, diğer paydaşların rızasına gerek olmaksızın paylı mala defnedilmesinin mümkün olduğu ayrıca belirtilmektedir⁴⁶⁴.

Konuyla ilgili başka bir metni inceleyelim:

⁴⁶³ **Perozzi**, Istituzioni, s. 476.

⁴⁶⁴ **Bonfante**, Corso, s. 50; **Perozzi**, Istituzioni, s. 476. *Cum extranei inferantur* kısmının *interpolatio* olması hakkında bkz. **Bonfante**, istituzioni, s. 295.

D. 11.7.43 (Papinianus libro octavo quaestionum)

“Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit: nam si intulerit, non faciet iustum sepulchrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de iure dominii quaeritur, aget. Eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solent: nam summam esse rationem, quae pro religione facit.”

Metnin başında belirtildiği üzere, bir arazinin hukuki durumunu *res religiosae* hâle getiremeseler bile, o araziye cenaze defnetmesi durumunda kendilerine *interdictum* imkânı sağlanmış kişiler vardır. Metinde bu duruma arazi maliki ile arazi üzerinde intifa hakkı sahibinin durumu örnek gösterilmektedir. Metinde, bir arazide başkasının intifa hakkı olmasına rağmen arazi malikinin, söz konusu araziye cenazesini defnetmesi durumunda, buna engel olanlara karşı *interdictum*’a sahip olduğu kabul edilmektedir. Metinden anlaşıldığı kadarıyla bu durumda malikin cenaze defnetmeye esasen hakkı olmamakla birlikte, bir *interdictum*’a sahip olduğu kabul edilmektedir.

Benzer kuralın, paylı mal üzerinde paydaşlar arası ilişkide de geçerli olduğu metinde ayrıca vurgulanmaktadır. Buna göre diğer paydaşın rızası olmamasına rağmen bir paydaşın paylı mala cenaze defnetmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Zira metinde, kamu yararı bakımından ve cenazelerin defnedilmeden bekletilmemesi için genel kuralın göz ardı edildiği ve cenazenin defnedilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Gerçekten metnin sonunda din kuralları gereği cenazelerin defnedilmesi gerekliliğinin, genel hukuk kurallarına üstün geldiği (*Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, ...nam summam esse rationem, quae pro religione facit*) vurgulanmaktadır.

Son olarak konuyla ilgili başka bir metni ele alalım:

D. 10.3.6.6 (*Ulpianus libro 19 ad edictum*)

“Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum. Et sane ius quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.”

Metnin başında bir kişinin cenazesini paylı mala defnetmesi durumunda, arazinin *res religiosae* durumuna gelip gelmemesi hususunun önemine dikkat çekilmektedir. Metinde de ifade edildiği üzere, herkes *ius sepulchrum* (mezar hakkı)’a sahiptir. Bununla birlikte, kimsenin tek başına malın statüsünü cenaze defnederek değiştiremeyeceği belirtilmektedir.

Metnin sonunda *Trebatius*’un ve *Labeo*’nun görüşlerine yer verilmiştir. Buna göre hukukçuların, mevcut durumda malın *res religiosae* durumuna gelmesini kabul etmemekle birlikte, paydaş aleyhine *actio in factum* açılabilceği görüşünde oldukları belirtilmiştir⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Paydaşa *actio in factum* açılabilmesi hakkında bkz. **Bonfante**, Corso, s. 50.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde paylı mala cenaze defnedilmesi hususu ele alınmıştır:

Iust. Inst. 2.1.9

“Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. in communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. item si alienus usus fructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. in alienum locum, concedente domino, licet inferre: et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, tamen religiosus locus fit.”

“Bir kimse, kendi iradesiyle kendisine ait bir yere ölü gömmek suretiyle o yeri dini yer yapabilir. Mukaddes ve dini olmayan (*purus*) müşterek bir yere, ortağın rızası alınmadan ölü gömmek caiz değildir: müşterek mezarlıkta ise, diğer ortakların arzusu hilafına da olsa, ölü gömmek mümkündür. Yerin intifaı başkasının ise, malik, intifa hakkı sahibinin rızası olmaksızın orayı dini yer hâline getiremez. Malikinin rızası ile, başkasının yerine ölü gömmek mümkündür: malik, ölü gömüldükten sonra da rızasını vererek tasdik etse, o yer yine dini yer olur.”⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ **Umur**, *Institutiones*, s. 77.

Alıntı yaptığımız metne göre Iustinianus Dönemi'nde *res religiosae* statüsünde olmayan ve üzerinde paylı mülkiyet olan bir araziye, başka bir paydaşın rızası alınmadan cenaze defnetmek kabul edilmemektedir. Paydaşlarca paylı mülkiyetine birlikte sahip olunan mezarlıkta ise, diğer ortakların rızası olmasa bile bir paydaşın cenaze defnedebilmesi mümkün görünmektedir. Her durumda malikin rızası ile arazisine cenaze defnedilmesi genel bir kural olarak kabul edilmektedir.

B. *Paries Communis*

1. Genel Olarak

Roma hukukunda bitişik nizam şeklinde iki yapı tarafından birlikte kullanılan duvar *paries communis* (ortak duvar) olarak adlandırılmaktadır. Bu noktada *paries communis* üzerinde paylı mülkiyet kabul edilmektedir ve bu hususta *communio* kuralları uygulanmaktadır⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ **Berger**, s. 618. Bir duvar ile birbirinden ayrılmış iki arazi açısından *communio pro diviso* söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, arazileri birbirinden ayıran duvar üzerinde *communio pro indiviso* kabul edilmekteydi. **Dinçer**, s. 78. Zira *communio pro diviso* durumunda her bir arazi müstakil konumdadır. Bu nedenle söz konusu araziler üzerinde tek kişi mülkiyeti mevcuttur. *Paries communis* (ortak duvar) üzerinde ise soyut paylar vasıtasıyla *communio pro indiviso* mevcuttur. Zira söz konusu duvar üzerindeki mülkiyet bölünemez ve iki arazinin maliki, duvarın tamamı üzerinde birlikte mülkiyet hakkına sahiptir. Ortak duvar açısından benzer bir durum, çağdaş hukukumuzda da ele alınmaktadır. TMK m. 721'e göre "*İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı sayılır.*" Bu hâlde eşyaya bağlı paylı mülkiyet söz konusudur. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 348; **Eren**, s. 92.

Öte yandan, Roma hukukunun arkaik dönemlerinde bitişik nizamın kabul edilmediğini belirtmekte fayda vardır⁴⁶⁸. Zira çeşitli sebeplerle araziler ve binalar arasında belirli mesafenin bırakılmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Roma

⁴⁶⁸ Roma'nın arkaik dönemleriyle ilgili fikir yürütmek zor olsa da yapılar ve araziler arasında belirli mesafenin bırakılması kuralı genellikle kabul edilmektedir ve arkaik dönemde bitişik nizamın mümkün olmadığı ifade edilmektedir. **Brugi**, s. 16; **Diliberto**, Il Diritto, s. 61. Bu kuralın ortaya çıkışı hakkında farklı sebepler ileri sürülmüştür. Konuyu Romalıların inanç sistemi ile ilişkilendirerek izah edenler olmuştur. Buna göre iki ev arasında ortak duvar kullanılamamaktadır; zira evin duvarları, iki evin tanrılarının kutsal engeli kabul edilmektedir. Her evin ayrı tanrıları vardır ve söz konusu kutsal engelin ihlal edilmemesi gerektiğine inanılmaktadır. **Brugi**, s. 5, 17; **De Coulanges**, s. 64; **Aksaray, B.:** "Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları" SDÜHFD (2019), C. 9, Sa. 1, s. 61-100, s. 70. Latinler bu kutsal engeli *herctum* olarak adlandırmaktadır. **Brugi**, s. 5; **De Coulanges F.** (Çev. Kılınç İ.): Antik Site: Yunan'dan Roma'ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar Üzerine İnceleme, Ankara 2011, s. 64. Konuyu Romalıların inanç sistemi dışında ele alanlar da olmuştur. Bu görüşe göre yapılar arasında mesafe bırakılmasının sebebi yangın tehlikesine karşı önlem almak, hijyen hususunda tedbir almak, yağmur sularının tahliyesini ve yapılar arasında hava akışını sağlamak olabilir. **Brugi**, s. 17. Fakat söz konusu tedbirlerin zaman zaman ihmal edildiği; yangınların veya salgın hastalıkların baş gösterdiği zamanlar ise sıkılaştırıldığı düşünülmektedir. *Ambitus*'tan vazgeçilmesi ve *paries communis*'e ilişkin kurallara geçildiği zamanı kestirebilmek zor olsa da Roma'nın Galyalıları tarafından yağmalanmasından sonra *ambitus*'a ilişkin kuralın ortadan kalktığı düşünülmektedir. Gerçekten Roma, bu dönemde baştan inşa edilince, önceki kurallara uyulmamış ve yapılar bitişik inşa edilmiştir. Nüfusun artmasıyla ve yapı inşa tekniklerinin de gelişmesiyle birlikte mesafe bırakılması kuralından tamamen vazgeçilmiştir. **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 115; **Brugi** s. 44-46.

hukukunun arkaik evresinde binalar arasında bırakılması gereken mesafe *ambitus*⁴⁶⁹; tarım arazileri arasında bırakılması gereken mesafe *confinium*⁴⁷⁰ olarak adlandırılmaktadır.

Paries communis hakkında *Digesta* metnini incelemek gerekirse:

D. 8.2.8 (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale*)

“Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi ius non est, quia non solus dominus est.”

Metne göre, doğal hukuk kuralları gereği, ortak duvar üzerinde hiçbir komşunun bireysel mülkiyet hakkı bulunmadığından, bu komşulardan herhangi birinin söz konusu duvarı tek başına yıkması veya yeniden inşa etmesi mümkün değildir.

Roma hukukunda ortak duvar hususunda özellikle komşuluk hukuku bağlamında somut olaya göre farklı kurallar ve uygulamalar geliştirildiği anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili tartışmalar, özellikle *cautio damni infecti* hususunda yoğunlaşmaktadır⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ **Brugi**, s. 5. *Ambitus*, XII Levha Kanunu’ndan itibaren mevcut olan fakat sonrasında alan yetersizliği nedeniyle vazgeçilen ve binalar arasında bırakılması gereken *pes sestertius* (iki buçuk kadem) mesafeyi ifade etmektedir. **Brugi**, s. 7; **Umur**, Lügat, s. 23; **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 115.

⁴⁷⁰ **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 115.

⁴⁷¹ **Bonfante**, Corso, s. 46.

2. *Cautio Damni Infecti* ve Komşuluk Hukuku

a. Kavram

*Damnum infectum*⁴⁷² kavramı, henüz gerçekleşmemekle birlikte, komşu yapının tehlikeli bir durumda bulunması nedeniyle gerçekleşmesinden endişe duyulan muhtemel zararı ifade etmektedir⁴⁷³. *Cautio damni infecti* ise, tehlike arz eden bir yapı nedeniyle zarara uğrama tehdidiyle karşılaşan komşu yapının malikine verilen teminat anlamına gelmektedir. Bu bakımdan zarara uğrayacağını düşünen malik, tehlikeli duruma yol açan komşu yapının malikinden *cautio* istenmesine ilişkin karar verilmesini *praetor*'a başvurarak talep etmektedir. Talep üzerine *praetor*, uygun bulması durumunda, davacının uğrayabileceği *damnum* (zarar)'u davalının karşılayacağı yönünde vaatte bulunması hususunda karar vermektedir. Teminat, *stipulatio* yoluyla verilmekteydi. Zarar tehdidine yol açan yapının maliki tarafından davacının uğrayabileceği *damnum* bu yolla üstlenilmekteydi⁴⁷⁴.

⁴⁷² **D. 39.2.2 (*Gaius libro 28 ad edictum provinciale*):** “*Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur.*” Komşu yapıya ilişkin her faaliyetin, *damnum infectum*'a neden olacağı kabul edilmemektedir. Bu hususta bkz. **Söğütlü Erişgin, Ö.:** Roma Hukukunda “*Cautio Damni Infecti*”, Prof. Dr. Turgut Kaplısüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 809-825, s. 818 vd.

⁴⁷³ **Söğütlü Erişgin**, *Cautio*, s. 818; **Tahiroğlu**, *Mülkiyet*, s. 89; **Aksaray**, s. 84.

⁴⁷⁴ **Söğütlü Erişgin**, *Cautio*, s. 810-811; **Tahiroğlu**, *Mülkiyet*, s. 89-90; **Dinçer**, s. 111.

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru Roma'da plansız şekilde gelişmeye başlayan şehirleşmenin, *cautio damni infecti* kurumunun ortaya çıkmasında etkili olduğu düşünülmektedir⁴⁷⁵.

b. Digesta Metinleri ve Hukuk Okullarının Farklı Görüşleri

Konuyla ilgili Gaius'a ait metni inceleyelim:

D. 39.2.32 (Gaius libro 28 ad edictum provinciale)

“Si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae, quaeritur, an, si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno propriarum mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existes. Et hoc plerisque placet: sed movet me, quod ipse meas aedes reficere possim et impensas pro socio aut communi dividundo iudicio pro parte consequi. Nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa

⁴⁷⁵ Şehirleşmenin plansız şekilde gelişmesiyle birlikte Roma, farklı bir görünüme bürünmüştür.

Nitekim ev yapımına dar alanlar ayrılmıştır. Binalar dar sokaklarda, birbirine yakın şekilde inşa edilmeye başlamıştır. Özellikle yoksul Romalıların ikamet ettiği *insulae* adı verilen geniş olmayan ve yüksek binalar inşa edilmiştir. Yapılarda sağlam malzeme kullanılmaması, zaman içerisinde bu yapılarda onarma faaliyetlerini beraberinde getirmiştir. Böylece kısa sürede çürüyen yapıların bazen onarılması, bazen çöken yapıların yerine yenisinin yapılması gerekmiştir. Ayrıca sürekli yaşanan yangın felaketleri nedeniyle şehirde bitmek bilmeyen inşaat faaliyetleri sürdürülmüştür. Bu nedenle yapı sahipleri, yakınlarındaki başka yapıların her an çökebilmesi veya yeniden inşası nedeniyle zarara uğrama tehdidi altında kalmışlardır. Şehirde yaşayanlar için bu bakımdan *cautio damni infecti* önemli bir güvence sağlamıştır.

Söğütlü Erişgin, *Cautio*, s. 811-812.

refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividundo: ideo et interpositam cautionem minus utilem futuram, quia alia ratione damnum mihi posset sarciri. Et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit: quod et in superiore casu intellegendum est.”

Alıntı yaptığımız Gaius’a ait metinde, komşu iki yapıdan bahsedilmektedir. Buna göre yapılardan birinde iki kişinin paylı mülkiyeti söz konusuysen; diğer yapı, bu paydaşlardan birine aittir. Başka bir anlatımla, bahsi geçen bu ikinci yapıda paydaşlardan birine ait tek kişi mülkiyeti vardır. Üzerinde paylı mülkiyet bulunan yapının, diğer yapıya zarar verme tehlikesi bulunması durumunda, paylı mülkiyetin bulunduğu yapı bakımından bu paydaşın, diğerine, *cautio damni infecti* vermesi gerektiği ifade edilmektedir. Metinde belirtildiği şekliyle bazı hukukçular böyle düşünmekle birlikte, Gaius bu görüşe katılmamaktadır. Gaius’a göre, paylı mülkiyet kapsamında paylı mala ilişkin giderler ve harcamalar, zaten *actio pro socio* veya *actio communi dividundo* ile talep edilebilmektedir. Bu nedenle Gaius’a göre diğer paydaştan, zarar görme tehdidi altındaki yapı için teminat istenmesi mümkün değildir.

Alıntı yaptığımız metinde bahsi geçen maliklerin, aynı zamanda başka bir taşınmaz bakımından paylı mülkiyet birliğinin de paydaşları olması, konuyu karmaşık bir hâle getirmektedir. Somut olaya ilişkin bu nedenle hukukçular arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır.

Meselenin tartışmalı olmasının sebebi *cautio damni infecti*'yle ilgili hukuk okulları arasındaki anlayış farklılığına dayanmaktadır.

Sabiniani Hukuk Okulu mensubu olan Gaius'a göre, paydaşın *actio pro socio* ve *actio communi dividundo* ile zararını tazmin edebilme imkânı söz konusu olduğu için *cautio damni infecti*'ye başvurması beklenemezdi. Zira Gaius, *cautio damni infecti*'yi ikincil bir hukuki vasıta olarak kabul etmekteydi⁴⁷⁶. Dolayısıyla Gaius'un bakış açısına göre ancak *actio pro socio*'nun veya *actio communi dividundo*'nun açıklamadığı durumlarda *cautio damni infecti*'ye başvurulması gerekmekteydi⁴⁷⁷.

Proculiani Hukuk Okulu'na göre, zarar tehlikesi karşısında paydaştan *cautio damni infecti* talep edilmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktaydı. Çalışmanın *Dördüncü Bölüm*'ünde izah edildiği üzere, Klasik Hukuk Dönemi anlayışına göre bahsi geçen davaların, *actio communi dividundo* ve *actio pro socio*, açılmasıyla *societas* bakımından ortaklık ilişkisi, *communio* bakımından paylı mülkiyet, sona ermekteydi. Dolayısıyla *Proculiani* Hukuk Okulu mensuplarına göre *societas*'ı veya paylı mülkiyet birliğini sona erdirmek istemeyenler için *cautio damni infecti* imkânı sağlanmış olmalıydı. Böylece Klasik Hukuk Dönemi'nde *cautio damni infecti*'ye başvurulmasıyla, hem olası zararlara karşı bir teminat sağlanmış olmaktadır hem *societas* veya paylı mülkiyet birliği ayakta tutulmaktaydı⁴⁷⁸. Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının çoğunluğunun *cautio damni infecti*'yi kabul etmiş olması, bahsi geçen gerekçeyle izah edilmekteydi.

⁴⁷⁶ Bonfante, Corso, s. 47; Dinçer, s. 112.

⁴⁷⁷ Dinçer, s. 112.

⁴⁷⁸ Dinçer, s. 112.

Cautio damni infecti ile ilgili başka bir metni ele alalım:

D. 8.2.13.1 (*Proculus libro secundo epistularum*)

“Parietem communem incrustare licet secundum capitonis sententiam, sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi: ceterum is demolitus sit vicinus et ex stipulatu actione damni infecti agatur, non plaris quam vulgaria tectoria aestimari debent: quod observari et in incrustatione oportet.”

Alıntı yaptığımız metinde Capito, ortak duvardan bahsetmektedir⁴⁷⁹. Capito’nun görüşüne göre, ortak duvara komşulardan biri çeşitli kaplamalar yapabildiği gibi; bir diğeri, bu duvara oldukça değerli freskler yapabilir. Bununla birlikte, komşulardan biri duvarın yıkılmasına sebebiyet verirse veya *cautio damni infecti*’ye ilişkin dava açılırsa, sıradan fresklerin değerinden daha yüksek bir değer talep edilemeyeceği metinde belirtilmektedir. Başka bir deyişle, ortak duvara ilişkin lüks bir masraf yapılması durumunda söz konusu masraf, karşı taraftan talep edilemeyecektir. Bu kuralın benzer şekilde ortak duvar üzerindeki dekoratif kaplamalar için de uygulanacağı metinde belirtilmektedir.

3. *Paries Communis*’e İlişkin Diğer Hâller

Romalı hukukçuların, ortak duvarın maliki komşular arasında *societas*’ın kurulduğunu kabul ettiği metinler mevcuttur.

Konuyla ilgili metni ele alalım:

⁴⁷⁹ Metinden Capito’nun zamanında ortak duvara ilişkin hukuk kurallarının gelişmeye başladığı anlaşılmaktadır. **Brugi**, s. 67.

D. 17.2.52.13 (Ulpianus libro 31 ad edictum)

“Item Mela scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi craticium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum immitti non patiatur, pro socio agendum. (...)”

Mela’dan alıntı yaptığı metinde Ulpianus, iki komşunun kendilerine ait yapıları desteklemek amacıyla, yapılar arasında ortak bir duvar inşa etmek üzere yarım kadem mesafe bırakmış olmasıyla birlikte, duvarın inşa edilmesinden sonra komşulardan birinin bunun kullanımına engel olması sebebiyle, engel olan malike karşı *actio pro socio* açılabilirdiğini belirtmektedir.

Ulpianus, Mela’dan aktardığı metinde, iki komşunun, kendilerine ait yapıların yükünü taşımak amacıyla, aralarındaki sınırdaki ortak bir duvar inşa etmek üzere yarım kadem genişliğinde bir alan tahsis ettiklerini belirtmektedir. Ancak duvarın inşasının tamamlanmasının ardından, komşulardan birinin, diğerinin bu duvardan yararlanmasına engel olması hâlinde, bunu engelleyen komşuya karşı *actio pro socio*’nun açılabilirliğini ifade etmektedir.

Metinde de ifade edildiği gibi komşular, yapıları arasında ortak bir duvarın inşası hususunda anlaşmalarına rağmen, içlerinden biri sonrasında buna engel olmuştur. Böylece ortak duvardan faydalanmalarında aralarında bir anlaşmazlık çıkmıştır. Bu durumda taraflardan birinin, diğerine *actio pro socio* açabilmesini kabul etmesi, Mela’nın, taraflar arasında bir *societas*’ın kurulduğunu düşündüğünü göstermektedir⁴⁸⁰. Böylece zarara uğrayan taraf, tazminat talebini *actio pro socio* ile ileri sürebilmektedir.

⁴⁸⁰ Benzer doğrultuda bkz. **Brugi**, s. 67-68; **Dinçer**, s. 124.

Daha önce de ifade edildiği gibi, ortak duvar üzerinde paylı mülkiyet kabul edilmektedir. Bu doğrultuda bahsi geçen olayda komşular hem paylı mülkiyet birliğinin paydaşları hem *societas*'ın ortakları konumundadır. Bu nedenle anlaşmazlığın taraflarının paylı mülkiyetten kaynaklanan *actio communi dividundo* ile *societas*'tan kaynaklanan *actio pro socio* olmak üzere iki davası bulunmaktadır.

Metinden anlaşıldığı üzere ortak duvar bakımından *actio communi dividundo* ile *actio pro socio* somut olayda bahsi geçen talep bakımından yarışabilmektedir⁴⁸¹. Söz konusu iki davanın yarışması meselesi, çalışmamızın *Dördüncü Bölüm*'ünde ele alınmaktadır. Bu nedenle burada şimdilik tarafların, dilerlerse *societas*'ın ortakları olarak *actio pro socio*'ya başvurabilmelerinin mümkün olduğunu; ortak duvarda paylı mülkiyet söz konusu olduğu için paydaş olarak komşuların *actio communi dividundo*'ya başvurmalarının ayrıca mümkün olduğunu belirtmekle yetinelim.

Ulpianus'a ait başka bir metinde ise sadece *actio communi dividundo* açılabilceği ifade edilmektedir⁴⁸²:

D.10.3.12 (Ulpianus libro 71 ad edictum)

“*Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.*”

Alıntı yaptığımız metinde paylı mülkiyetine sahip olunan bir yapının veya duvarın onarılmasında, yıkılmasında veya bu yapılara eklentiler yapılması durumunda *actio*

⁴⁸¹ Dinçer, s. 124-125.

⁴⁸² Brugi, s. 68.

communi dividundo'nun açılabilirdiği veya *interdictum uti possidetis*'e başvurulabilirdiği belirtilmektedir.

Alıntı yaptığımız son iki metin *actio pro socio* ile *actio communi dividundo* arasındaki ilişki açısından önemli metinlerdir.

D.10.3.12 metninde *actio communi dividundo*'nun farklı bir işlevinden bahsedilmektedir. Zira metinde ifade edildiği üzere *actio communi dividundo*, ortaklığın giderilmesi işlevinden ziyade taraflar arasındaki şahsi hakların talep edilebilmesi amacına hizmet etmektedir⁴⁸³. *Actio communi dividundo* uygulamasındaki bu genişleme, aşağıda daha detaylı ele alındığı üzere, Klasik Hukuk Dönemi'nden sonra gerçekleşmiştir.

Her ne kadar ikinci metinde *actio pro socio*'dan bahsedilmese de bir önceki metinle değerlendirildiğinde somut olay bakımından *actio pro socio*'nun da açılabilmesini kabul etmek gerekmektedir⁴⁸⁴. Böylelikle *actio communi dividundo*'nun uygulandığı hâllerin çoğalmasıyla, somut olaya göre *actio pro socio*'dan veya *actio communi dividundo*'dan birinin tercih edilmesi gerekmektedir⁴⁸⁵. Dolayısıyla bahsi geçen talepler bakımından davalar yarışmaktadır.

Genişlemenin Klasik Hukuk Dönemi'nden sonraki aşamalarda gerçekleştiği ifade edilmektedir; zira metinde geçen *actio communi dividundo* ifadesinin *interpolatio* yoluyla *compilatores* tarafından metne eklendiği düşünülmektedir⁴⁸⁶. Nitekim *actio communi dividundo*'nun Klasik Hukuk Dönemi'nde paydaşlar arasındaki şahsi hakların talep edilmesine ilişkin bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Zira dava, bu dönemde sadece

⁴⁸³ Brugi, s. 68.

⁴⁸⁴ Dinçer, s. 124-125.

⁴⁸⁵ Brugi, s. 69.

⁴⁸⁶ Bonfante, Corso, s. 49.

ortaklığın giderilmesine hizmet etmektedir. *Actio communi dividundo*'nun uygulama alanının genişletilmesiyle birlikte *actio pro socio* ve *actio communi dividundo*, bazı talepler bakımından birbiriyle yarışır hâle gelmiştir.

Alıntı yaptığımız metne göre Klasik Hukuk Dönemi'nde ortak duvar bakımından zarara uğrayan paydaşın elinde *interdictum uti possidetis* imkânı da mevcuttur. Buna göre paydaşın malı üzerindeki fiilî egemenliğini (*uti mea possessione*), özellikle onarma faaliyetini, engelleyene (*dominum aedes reficere volentam prohibere*) karşı *interdictum*'a sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁷.

Konuyla alakalı başka bir metni inceleyelim:

Paul. Sent. 5.10.2

“De communi pariete utilitatis causa hoc coepit observari, ut aedificet quidem, cuius aedificare interest, cogatur vero socius portionis suae impensas agnoscere.”

Metinde ortak duvarı onarmakta faydası olan tarafın onarma faaliyetini gerçekleştirmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, diğer paydaş da söz konusu gidere kendi payı oranında katılmak zorundadır.

Çağdaş hukukumuzda olduğu gibi, Roma hukukunda da ortak duvar üzerinde paylı mülkiyet rejimi kabul edilmektedir. Öncelikle, komşulardan hiçbirisi, ortak duvar üzerinde tek başına yıkım ya da yeniden inşa etme hakkına sahip değildir, zira her iki taraf da duvar üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir. Ortak duvara ilişkin onarma faaliyeti gerektiğinde, taraflar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda, bazı hallerde *actio communi dividundo* bazı hallerde *actio pro socio* gibi davalara başvurulabileceği

⁴⁸⁷ **Bonfante**, Corso, s. 49.

metinlerde belirtilmektedir. Öte yandan, bu tür durumlarda zararın tazmini açısından *cautio damni infecti* gibi araçlarla da hukuki koruma sağlanabilmektedir.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO

I. Genel Olarak

Klasik Dönem Roma hukukçuları *communio*'yu problemli bir kurum kabul etmekteydi. Öyle ki *communio* kaynaklı büyük anlaşmazlıkların *communio*'nun bölünmesiyle ancak sona erebildiği düşünölmekteydi⁴⁸⁸. Dolayısıyla paylı mülkiyet

⁴⁸⁸ *Communio* kaynaklı büyük anlaşmazlıkların, genellikle *communio*'nun bölünmesi ile sonlandığı hakkında bkz. **D. 8.2.26 (Paulus libro 15 ad Sabinum)**: “(...) itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit.” Kimsenin iradesi dışında *communio* veya *societas* gibi birlikler içinde bulunmaya zorlanamayacağı hakkında bkz. **Cod. Iust. 3.37.5 (Imperatores Diocletianus, Maximianus)**: “(...) In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri: quapropter aditus praeses provinciae ea, quae communia tibi cum sorore perspexerit, dividi providebit.” Ayrıca *communio*'nun akrabalar arasında

Roma hukukunda âdeta geçici bir ilişki olarak tasarlanmıştı. Anlaşmazlıkların son bulması için paylı mülkiyetin ortadan kaldırılması ve tek kişi mülkiyetinin tesis edilmesi bir anlamda zorunluluktu. Bu bakımdan Roma hukukunda paydaşlara *communio*'yu sona erdirebilmeleri ve paylarıyla orantılı olarak paylı malı paylaşabilmeleri için *actio communi dividundo* (ortaklığın giderilmesi davası) imkânı sağlanmıştı⁴⁸⁹. Bu dava ile paydaş, istediği zaman ortaklığın giderilmesini talep edebilmektedir⁴⁹⁰.

Actio communi dividundo ile hâkim, malın tamamı üzerinde bir paydaşa mülkiyet hakkı tesis ederek, diğer paydaşa veya paydaşlara tazminat ödenmesine karar verebilmektedir. Bundan başka hâkim, paylı malın aynen paylaşılmasına da karar verebilmektedir⁴⁹¹.

Actio communi dividundo'nun işlevi başlarda sadece ortaklığın giderilmesi ve paylı mülkiyetin sona erdirilmesinden ibaretti. Bununla birlikte sonrasında, paylı mülkiyeti sona erdirme işlevinden uzaklaşarak paydaşların birbirlerinden olan borçlarının talep edilebildiği bir dava hâline gelmişti.⁴⁹²

Daha önce de ifade edildiği üzere, “soyut pay” kavramının paylı mülkiyetteki yansıması olarak her paydaş dilediği gibi payı üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi, dava dışı yollarla da gerçekleştirilebilmektedir. Paydaşlar

ihtilaflara yol açtığı düşüncesi hakkında bkz. **D. 31.1.77.20 (Papinianus libro octavo responsorum)**: “(...) item iure divisionis res propriae factae non praestabuntur, cum discordiis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare.”

⁴⁸⁹ **Perozzi**, Istituzioni, s. 477-478.

⁴⁹⁰ **Erdoğan**, Eşya, s. 47; **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 147.

⁴⁹¹ **Perozzi**, Istituzioni, s. 478.

⁴⁹² **Perozzi**, Istituzioni, s. 478.

pek tabii, malın niteliğine göre *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio* gibi işlemleri gerçekleştirerek kendilerine ait payları devredebilmektelerdi⁴⁹³. Böylece *communio*, kendileri için sona ermekteydi.

Cod. Iust. 3.37.5 metninde de belirtildiği üzere, kimse *communio* veya *societas* gibi birlikler içinde iradesi dışında kalmaya zorlanamamaktaydı. Bu nedenle *communio*'nun paylaşılmasının bir paydaş tarafından her zaman talep edilebildiği düşünülmekteydi⁴⁹⁴.

Bununla birlikte, paydaşların paylaşmanın belirli bir süre gerçekleştirilmemesi hususunda anlaşabilmeleri mümkündü. Bununla ilgili *Digesta* metnini inceleyelim:

D. 10.3.14.2 (Paulus libro tertio ad Plautium)

“Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.”

Paylaşma yapılmaması hususundaki anlaşmanın geçersiz olduğu çok açıktır; ancak bu anlaşma belirli bir dönemi kapsıyorsa ve bu durum malın yararına olacaksa, böyle bir anlaşma geçerlidir.

Alıntı yaptığımız metinden anlaşıldığı üzere, paylı mülkiyette ortaklığın hiçbir zaman giderilemeyeceği hususundaki paydaşlar arasındaki anlaşmalar geçersiz kabul

⁴⁹³ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, 438.

⁴⁹⁴ Iustinianus Dönemi'ndeki anlayışın bu doğrultuda olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Bonfante, *istituzioni*, s. 295.

edilmektedir⁴⁹⁵. Bununla birlikte, metinde ortaklığın giderilmesinin belirli bir süre talep edilememesine ilişkin bir anlaşmanın, paylı malın yararına olması koşuluyla, geçerli olduğu belirtilmektedir⁴⁹⁶. Gerçekten **Cod. Iust. 3.37.5** metninde de belirtildiği gibi, kimsenin *communio* içinde iradesi dışında tutulması kabul edilmemektedir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, paydaşların *communio*'da kalmalarını sağlamaya yönelik anlaşmaların geçersiz kabul edilmesi makul görünmektedir. Fakat paylı malın faydasına olacak şekilde belirli bir süre için paylaşmanın talep edilemeyeceğine yönelik anlaşmaların geçerli kabul edilmesiyle, daha esnek ve makul bir anlayış benimsendiği anlaşılmaktadır⁴⁹⁷.

Actio communi dividundo'nun *Lex Licinnia* ile kabul edildiği düşünülmektedir⁴⁹⁸. Bu bakımdan davanın, *Lex Licinnia* ile Cumhuriyet Dönemi'nin erken evresinde getirildiği düşünülmektedir⁴⁹⁹. Kanun, paylaşırma için *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem*⁵⁰⁰ usûlünü benimsemiştir.

⁴⁹⁵ **Bonfante**, istituzioni, s. 295.

⁴⁹⁶ **Di Marzo**, s. 256.

⁴⁹⁷ Benzer bir hüküm çağdaş hukukumuzda da mevcuttur. TMK m. 698/II hükmünce “*Paylaşmayı isteme hakkı, hukukî bir işlemle en çok on yıllık süre ile sınırlandırılabilir. Taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler, resmî şekle bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh verilebilir*”. Ayrıca aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulması kabul edilmemektedir.

⁴⁹⁸ **Kaser**, s. 124; **Evangelisti**, Ius Prohibendi, s. 437. **Berger**, s. 555.

⁴⁹⁹ **Berger**, s. 555.

⁵⁰⁰ *Legis actio*, kanun ile tespit edilmiş dava şekliydi. Bkz. **Gai. Inst. 4.11**. *Legis actio* ile katı ve şekilci kalıplara bağlı beş türde dava şekli öngörülmüştü. Bu beş türden biri olan *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem*'e hangi hâllerde başvurulacağı, XII Levha Kanunu'nda

II. *Actio Communi Dividundo* ve *Actio Familiae Erciscundae* İlişkisi

Miras ortaklığının Roma'daki ilk şekli olarak tarif ettiğimiz ve uygulaması Roma hukukun arkaik dönemlerine dayanan *consortium ercto non cito* kurumunun atipik uygulamasını bir kenara bırakacak olursak, miras ortaklığı kapsamında kabul edilen birlikte mülkiyet türünün Roma hukukunda paylı mülkiyet olduğunu belirtmiştik.

Roma hukukunda miras ortaklığındaki birlikte mülkiyet rejimi bağımsız bir gelişim izlemişti. Birlikte mülkiyetin en eski türüne vücut veren miras ortaklığının ortaklar tarafından sona erdirilmesi de bu bakımından Roma hukukunda farklı bir gelişim izlemişti. Ortaklara miras ortaklığını sona erdirmeleri için *actio familiae erciscundae* imkânı sağlanmıştı⁵⁰¹. Bu bakımdan ortaklığın giderilmesine ilişkin en eski dava Roma'da *actio familiae erciscundae* idi⁵⁰².

Mülkiyette bireyselleşmenin belirginleşmeye başlamasıyla, miras ortaklığında malları paylara bölme düşüncesi önem kazanmaya başlamıştı. Paylı mülkiyete ilişkin

düzenlenmişti. Buna göre *actio familiae erciscundae*, *actio communi dividundo* ile konusu para olan *stipulatio*'dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem*'e başvurulabilmekteydi. Bu usûlde, davacı, *magistratus* huzurunda davalıya “*ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio. Id postulo aias an negas*” yani “*sponsio* uyarınca bana on bin *sesters* vermeye borçlusun, bunu kabul etmeni ya da inkâr etmeni istiyorum” biçiminde iddiasını ileri sürmekteydi. Davalının davacının iddiasının doğru olduğunu beyan etmesi durumunda, başka bir anlatımla ikrarda bulunması durumunda, dava bu aşamada sona ermekteydi. **Öcal, B.:** “Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri” AÜHFD (2011), C. 60, Sa. 3, s. 523-570, s. 529, 533.

⁵⁰¹ **Kaser**, s. 124.

⁵⁰² **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 147.

kuralların gelişmeye başlamasıyla, paylı mülkiyeti sona erdirmek üzere paydaşlara *actio communi dividundo* imkânı sağlanmıştı.

Böylelikle paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesine ilişkin genel bir dava olarak *actio communi dividundo* kullanılmaya başlanmıştı⁵⁰³. Dolayısıyla paylı mülkiyetin Roma hukukunda miras ortaklığından mı yoksa miras ortaklığı dışında bir sebepten mi ortaya çıktığı hususu ortaklığın giderilmesinde açılacak dava bakımından önem kazanmıştı⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 147.

⁵⁰⁴ Çağdaş hukukumuz açısından bu noktada bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi çağdaş hukukumuz, miras ortaklığında elbirliği hak sahipliğini kabul etmektedir. TMK m. 640/I hükmünce “Birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir.” Söz konusu ortaklık ise her zaman sona erdirilebilmektedir. Nitekim TMK m. 642/I uyarınca “Mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir.” Mirasın paylaşılması için dava zorunluluğu olmamakla birlikte, mirasçılar arasında anlaşmazlık çıkması durumunda, mirasın paylaşılması için mirasın paylaştırılması davası açılması gerekmektedir. Paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması için başvurulun ortaklığın giderilmesi davası ile mirasın paylaştırılması davası, birlikte mülkiyet ilişkisinin sona ermesi bakımından birbirlerine benzemektedir. Bununla birlikte çağdaş hukukumuzda göre ortaklığın giderilmesi davasında paylı mülkiyet birliği sona ererken, mirasın paylaştırılması davası ile elbirliği ortaklığı sona ermektedir. İki dava arasındaki farklılık bununla da sınırlı değildir. Nitekim mirasın paylaştırılması davası, terekenin tespiti ve payların oluşturulması gibi aşamalara sahip olması nedeniyle, ortaklığın giderilmesi davasına kıyasla daha geniş bir kapsama sahiptir. Ayrıca iki davaya uygulanacak usûl hukuku kuralları da

Daha önce belirttiğimiz gibi, *actio familiae erciscundae* XII Levha Kanunu'nda tanınmış bir davaydı⁵⁰⁵ ve kronolojik olarak *actio communi dividundo*'dan önce düzenlenmişti⁵⁰⁶. Bununla birlikte pek çok bakımdan *actio communi dividundo* ile ortak özelliğe sahipti. Örneğin *actio familiae erciscundae*'da da hâkime geniş takdir yetkisi verilmişti⁵⁰⁷. Benzer şekilde davalar, *iudicia duplicia* ve *actiones mixtae* özelliklerini taşımaktaydı⁵⁰⁸. Söz konusu kavramları aşağıda *actio communi dividundo* özelinde daha detaylı ele aldığımız için burada *iudicia duplex*'in çift taraflı dava anlamına geldiğini ve bu tip davalarda ortaklığın giderilmesini talep eden davacının aynı zamanda davalı konumunda olduğunu; *actiones mixtae* kapsamında da davaların hem *actio in personam* hem *actio in rem* niteliğine sahip olduğunu belirtmekle yetinelim.

değişiklik göstermektedir. Zira mirasın paylaşılması davası için özel bir yetki kuralı olarak ölenin son yerleşim yeri kuralı mevcutken; ortaklığın giderilmesi davasında yetkili mahkeme hususunda, HMK'nın yetkiyle ilgili diğer hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. İki dava arasındaki farklılıklar önem arz etmekle birlikte, uygulamada mirasın paylaşılması davası bakımından da ortaklığın giderilmesi davası kavramının kullanıldığı anlaşılmaktadır. İki dava arasında pek çok bakımdan benzerlik olduğu için uygulamada ortaklığın giderilmesi davası kavramının kullanılması yanlış kabul edilmemektedir. Çağdaş hukukumuz açısından davanın hangi ilişkiden kaynaklandığının tespiti, uygulanacak doğru kuralların belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. **Köroğlu, A.:** Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (Çift Taraflı Dava Teorisi Işığında Bir İnceleme), İstanbul 2020, s. 8-10.

⁵⁰⁵ **Umur, Z.:** “Roma Miras Hukukunun Ana Hatları”, İÜHFM (1965), C. 31, Sa. 1-4, s. 159-195, s. 195.

⁵⁰⁶ **Evangelisti,** Ius Prohibendi, s. 439.

⁵⁰⁷ **Umur,** Miras, s. 195.

⁵⁰⁸ **Umur,** Miras, s. 195; **Berger,** s. 520.

III. *Actio Communi Dividundo*'nun Tarafları ve *Iudicium Duplex* Niteliği

Iudicium duplex (çift taraflı dava; çoğulu *iudicia duplicia*) kavramı, temelleri Roma hukukuna dayanan, sonrasında Ortak hukukta ve Pandekt hukukunda kabul edilen bir kavramdır⁵⁰⁹. *Iudicia duplicia*'da bir taraf lehine verilen hüküm, diğer taraf aleyhine sonuç doğurmamaktadır. Zira *iudicia duplicia*'da verilen hüküm, taraflar için aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla *iudicium duplex* niteliğini haiz davalarda, davanın tarafları aynı anda hem davacı hem davalı kabul edilmektedir⁵¹⁰.

Roma hukukuna göre *actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae* (mirasın paylaşılması davası) ile *actio finium regundorum*⁵¹¹ gibi davaların *iudicia duplicia* olduğu kabul edilmekteydi⁵¹².

Gerçekten *actio communi dividundo*'nun açılabilirdiği hâllerde, paydaşlar arasında hak sahipliği veya pay oranları hususunda anlaşmazlık söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak, yargılama sonucunda ortaklığın giderilmesi yönündeki kararın çift yönlü

⁵⁰⁹ **Köroğlu**, s. 37; **Topal, Ö.:** Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyü) Davası, Ankara 2020, s. 122.

⁵¹⁰ **Köroğlu**, s. 39-40.

⁵¹¹ *Actio finium regundorum* (sınırların düzenlenmesi davası), komşular arasında arazilerinin sınırları konusundaki uyuşmazlıkların çözülmesine olanak sağlayan davadır. **Umur**, Lügat, s. 7; **Berger**, s. 343. Davanın Iustinianus Dönemi'nde tanındığı düşünülmektedir. **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 147. Çağdaş hukukta da sınır tespiti davasının *iudicia duplicia* niteliği kabul edilmektedir. Komşu arazi malikleri arasında, arazilerinin sınırları hususunda uyuşmazlık olması durumunda, uyuşmazlığın her iki tarafının da bu davayı açabileceği kabul edilmektedir. **Köroğlu**, s. 46.

⁵¹² **Umur**, Lügat, s. 14; **Berger**, s. 520.

olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, *iudicium duplex* olan *actio communi dividundo*'da davacı taraf ve davalı taraf arasında bir ayrım yoktur, zira hak sahipliği konusunda bir tartışma yoktur⁵¹³. Yargılama sonunda ortaklığın giderilmesi, tarafların tamamı için sağlanmış olmaktadır. Zira *actio communi dividundo*'da verilen paylaşırma hükmü, davacıya karşı da icra edilmektedir⁵¹⁴.

Bununla birlikte, *actio communi dividundo*'da şeklen kabul edilen bir davacı taraf mevcuttur. Buna ilişkin *Digesta* metnini inceleyelim:

D. 5.1.13 (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale*)

In tribus istis iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset.

Actio familiae erciscundae, actio communi dividundo ve actio finium regundorum gibi üç davada sorun kimin davacı olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkindir. Zira, [tarafların] hepsinin durumu aynı görünmektedir. Ancak hâkim görüş, yargı yoluna başvuran kişinin davacı kabul edileceği yönündedir.

Metinde *actio familiae erciscundae, actio communi dividundo ve actio finium regundorum* adlı üç davada, davanın taraflarının aynı konumda olmaları

⁵¹³ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 440.

⁵¹⁴ Gerek Türk hukukunda gerek İsviçre hukukunda, kanuni düzenlemelerde yer almasa bile, ortaklığın giderilmesi davası, doktrin ve yüksek mahkemeler tarafından *iudicia duplicia* kabul edilmektedir. **Köroğlu**, s. 44; **Topal**, s. 122.

vurgulanmaktadır. Bu tip davalarda kimin *actor* (davacı) olduğu sorusunun sorulabileceği metinde belirtilmektedir. Bu noktada hâkim görüşün yargı yoluna başvuran tarafın davacı kabul edilmesi yönünde olduğu metinde açıkça ifade edilmektedir. Dolayısıyla şeklî anlamda davacı konumunda olanın, yargı yoluna başvuran taraf olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁵.

IV. *Actio Communi Dividundo*'da Yargılama Usûlü

A. Usûle İlişkin Araçlar: *Adiudicatio* ve *Condemnatio*

Actio communi dividundo kapsamında hâkime geniş takdir yetkisi verilmişti. Hâkim bu yetkisini, Roma usûl hukuku kurallarının kendisine sunduğu araçlarla kullanabilmekteydi.

Bu noktada öncelikle hâkim, mümkünse, her bir paydaş için malın bir parçası üzerinde tek kişi mülkiyeti kurulmasına karar vermektedir. Hâkim, paydaşlar için tek kişi mülkiyetini *adiudicatio* (tahsis) vasıtasıyla yapabilmekteydi⁵¹⁶. Nitekim paylı malın değerinde bir azalma olmadan bölünebilmesi durumunda, hâkim paylı malı, paydaşlar arasında paydaşların payı ile orantılı olacak şekilde paylaştırabilmekteydi⁵¹⁷.

Adiudicatio, *actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae* ile *actio finium regundorum* adlı üç davada hâkimin, malın tamamının veya bir kısmının üzerinde taraflardan biri lehine aynî hak tesis etmesine olanak sağlayan *formula*'nın bölümüydü⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Çağdaş hukukumuz gereğince şeklî taraf kuramı çerçevesinde, dava dilekçesinde davacı olarak belirtilen tarafın davacı kabul edildiği ifade edilmektedir. **Topal**, s. 134.

⁵¹⁶ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 148; **Erdoğan**, Eşya, s. 47; **Umur**, Eşya, s. 39.

⁵¹⁷ **Kaser**, s. 124.

⁵¹⁸ **Umur**, Lügat, s. 18; **Berger**, s. 349.

Formula yargılamasında mahkûmiyet kararının mutlaka bir miktar paraya ilişkin olması, ortaklığın giderilmesi amacına hizmet eden davalar bakımından işlevsizdi. Bunu telafi edebilmek için söz konusu davalarda çekişmeli malın bir kısmının veya tamamının taraflardan birine verilmesi hususunda hâkime yetki verilmişti. Bu yolla hâkim, taraflar arasında borç ilişkileri kurabilmekte veya paydaşlar için tek kişi mülkiyeti kurabilmekteydi⁵¹⁹.

Actio communi dividundo'da hâkim, soyut payları âdeti maddi varlıklara dönüştürmektedir ve her bir paydaşa tek kişi mülkiyeti tesis etmektedir. Bu nedenle bu davada hâkimin görevinin mülkiyet hakkına ilişkin uyumsuzluk hakkında karar vermekten ziyade, paylı malı paylaşmak olduğu düşünülmektedir. Başka bir anlatımla, tarafların anlaşma yoluyla gerçekleştiremedikleri paylaşmayı hâkim, yargılama faaliyetiyle gerçekleştirmektedir. Bu nedenle hâkimin taraflara hakkı olanı vermesi gerektiği ve öncelikle somut olaya uygun paylaşma biçimini belirlemesi gerektiği ifade edilmektedir⁵²⁰. Bu durum, bir *Digesta* metninde de ifade edilmektedir:

D. 10.3.21 (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*)

*“Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est
vel quod malint litigatores sequi convenit.”*

Metinde ifade edildiği üzere hâkim, malları paylaştırırken herkes için en faydalı olana karar vermeli veya paydaşların tercihiine göre hareket etmelidir.

Adiudicatio, Gaius'un *Institutiones*'inde tanımlanmaktadır:

⁵¹⁹ **Türkoğlu Özdemir, G.:** “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması” Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi (2005), C. 7, Sa. 1, s. 167-212, s. 198.

⁵²⁰ **Evangelisti,** *Ius Prohibendi*, s. 440.

Gai. Inst. 4.42

“*Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare, uelut si inter coheredes familiae erciscundae agatur aut inter socios communi diuidundo aut inter uicinos finium regundorum. nam illic ita est: QVANTVM ADIVDICARI OPORTET, IVDEX, Titio ADIVDICATO.*”

Adiudicatio, *iudex*’e bir şeyin mülkiyetini davacılarından birine devretme yetkisi veren, mirasçılar arasında mirasın paylaştırılmasına veya paylı mülkiyette paydaşlar arasında ortaklığın giderilmesine veya komşular arasındaki arazilerin düzenlenmesine ilişkin davanın *formula*’sının bir bölümüdür. Bu davalarda *praetor* şöyle der: “*Iudex, adiudicatio* ile malın kendisine devredilmesi gereken kısmını, Titius’a devret.”

Metinden de anlaşıldığı üzere, hâkime *actio communi diuidundo*’da, paydaşlara tek kişi mülkiyeti tesis etmesi hususunda *adiudicatio* ile yetki verilmektedir. Bu yolla hâkim, paylı mülkiyeti paydaşlar için sona erdirmektedir.

Bölünmenin mümkün olmaması durumunda ise hâkim, malı paydaşlardan birine devrederken; bu paydaşın diğerlerine ödeme yapmasına karar verebilirdi. Hâkim gerekli görürse malın açık artırma yoluyla üçüncü bir kişiye satılmasına ve devredilmesine karar verebilir ve bedeli paydaşlar arasında paylaştırabilirdi⁵²¹.

⁵²¹ Kaser, s. 124; Erdoğan, Eşya, s. 47; Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 148.

Bölünmenin gerçekleştirilememesi durumunda, hâkimin hakkaniyete uygun şekilde paylaştırmayı yapabilmesine *formula*'nın *condemnatio* bölümü olarak sağlamaktadır. Bu noktada önce paydaşlar arasındaki borçlar hesaplanmaktadır. Böylelikle tahsis edilen payların yetersiz kalması durumunda bunu telafi etmeyi amaçlayan *condemnatio* aracılığıyla, paydaşlar arasında yeni alacak hakları oluşturulmaktadır. Hâkimin görevi bununla da sınırlı değildir. Ayrıca paylı mal için ödenen masrafların, paylı maldan elde edilen semerelerin veya paylı mal nedeniyle gerçekleşen zararların giderilmesinde de *condemnatio* benzer bir işlevi yerine getirmektedir. Bu nedenle davanın uygulama alanı bir anlamda genişlemektedir⁵²². Nitekim *actio communi dividundo* ile sadece paylaşma gerçekleşmiş olmaz; aynı zamanda paydaşların birbirlerinden olan borçları da hesaplama dâhil edilmektedir.

Hâkimin bölüştürmeyi hakkaniyete uygun gerçekleştirmesi böylece usûle ilişkin iki araçla, *formula*'nın iki bölümü olan *adiudicatio* ve *condemnatio* ile mümkün kılınmaktadır. Bu bakımdan ilki paylaşırmanın pratik aracıdır; bu sayede tek kişi mülkiyeti, birlikte mülkiyetin yerine ikame edilmektedir. Diğeri ise farklı pay oranlarının ve paylaşırmanın ortaya çıkaracağı olası zorlukların giderilmesini sağlamaktadır⁵²³.

B. *Praestationes Personales*

Actio communi dividundo'nun uygulama alanının genişlemesiyle *praestationes personales* olarak adlandırılan ve taraflar arasındaki *impensae*, *fructus*, *damna* gibi edimlerin -sırasıyla paylı mal için ödenen masraflar; paylı maldan elde edilen semereler; paylı mal nedeniyle uğranılan zararlar- talep edilebilmesi sağlanmaktadır⁵²⁴. Böylelikle,

⁵²² **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 441.

⁵²³ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 441.

⁵²⁴ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 439, 442; **Di Marzo**, s. 256.

actio communi dividundo ile taraflar arasındaki borç ilişkilerinden kaynaklanan sorunların tamamı hakkaniyete uygun bir şekilde sona erdirilmektedir⁵²⁵.

Praestationes personales hakkındaki metinleri inceleyelim:

D. 10.3.3 pr. (Ulpianus libro 30 ad Sabinum)

“In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi.”

Metinde *actio communi dividundo* ile paylı mülkiyetin sona erdirilmesinde, paydaşlardan herhangi birinin paylı mal için ödediği masrafların veya paylı maldan elde ettiklerinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

Konuyla ilgili *Digesta*’daki bir diğer metin:

D. 10.3.4.3 (Ulpianus libro 19 ad edictum)

“Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio, ita etiam praestationes veniunt: et ideo si quis impensas fecerit, consequatur. Sed si non cum ipso socio agat, sed cum herede socii, Labeo recte existimat impensas et fructus a defuncto perceptos venire. Plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti in communi dividundo iudicium non veniunt.”

⁵²⁵ Kaser, s. 124; Di Marzo, s. 256.

Metinde paylı mal için yapılan masrafların *actio communi dividundo* ile talep edilebileceği belirtilmektedir. Öte yandan, ölen paydaşın mirasçısının davanın tarafı olduğu hâllerde, Labeo'nun görüşü kabul edilerek, bu paydaşın paylı maldan elde ettiği semerelerin ve paylı mal için yaptığı masrafların paylaştırmaya ilişkin hesaplamada hâkim tarafından dikkate alınması gerektiği ayrıca vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, paylı mülkiyetin tesis edilmesinden önce mal için ödenen masrafların veya maldan elde edilen semerelerin hesaplamada dikkate alınmaması gerektiği ayrıca ifade edilmektedir.

Benzer bir husus Iustinianus'un *Codex*'inde ele alınmaktadır:

Cod. Iust. 3.37.4.2 (Imperatores Diocletianus, Maximianus)

“Idem eorum etiam, quae vobis permanent communia, fieri divisionem providebit, tam sumptuum, si quis de vobis in res communes fecit, quam fructuum, item doli et culpa, cum in communi dividundo iudicio haec omnia venire non ambigitur, rationem, ut in omnibus aequalitas servetur, habiturus.”

Benzer şekilde, ortaklaşa sahip olduğunuz mallar bakımından bölüştürme gerçekleştirilecektir. Bu durum, masraflar ve benzer şekilde, herhangi bir hile veya ihmâl ile elde edilen semereler için de geçerlidir. Zira ortaklığın giderilmesi için açılan bir davada, tüm bunların dikkate alınması gerektiğine şüphe yoktur.

Iustinianus'un *Institutiones*'ininin 4. Kitabında Hâkimin Görevi Hakkında başlığını taşıyan bölümde *actio familiae erciscundae* ve *actio communi dividundo* özelinde hâkimin paylaştırmayı nasıl gerçekleştirmesi gerektiği ve nelere dikkat etmesi gerektiği belirtilmektedir:

Iust. Inst. 4.17.4

“Si familiae erciscundae iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adiudicare debet et, si in alterius persona praegravare videatur adiudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut iam dictum est, condemnare. eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit aut rem hereditariam corrumpit aut consumpsit. quae quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur.”

Alıntı yaptığımız metne göre *actio familiae erciscundae*’da hâkim, mirasçılar arasında tereke mallarını *adiudicatio* ile paylaşmalıdır, eğer bu karar bir diğerine hâlel getirecek ise, daha önce de söylendiği gibi, hâkimin diğer mirasçıyı belli bir miktar ödemeye mahkûm etmesi gerekmektedir. Yine hâkimin, terekeye ait taşınmazın semerelerini elde etmiş, ona zarar vermiş veya onu tüketmiş olan mirasçıyı mahkûm etmesi gerekmektedir. Nitekim ikiden fazla mirasçı arasında da aynı durum söz konusudur.

Benzer şekilde:

Iust. Inst. 4.17.5

“Eadem interveniunt et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. quod si de una re, veluti de fundo, si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes eius singulis adiudicare debet et, si unius pars praegravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est: quodsi commode dividi non possit, vel

*homo forte aut mulus erit de quo actum sit, uni totus
adiudicandus est et is alteri certa pecunia condemnandus.”*

Alıntı yaptığımız metinde de vurgulandığı üzere, *actio communi dividundo*’da da *actio familiae erciscundae*’a ilişkin yukarıda ele alınan hükümler uygulanmaktadır. Hâkim eğer taşınmaz rahatlıkla bölünebiliyorsa, her bir paydaşa taşınmazın belirli bir bölümü üzerinde tek kişi mülkiyeti tesis etmelidir. Paydaşlardan birinin payının, diğerinden fazla olması durumunda, bu paydaş diğerine belirli bir miktar ödemeye mahkûm edilmelidir. Metinde ifade edildiği üzere mal, köle veya katır gibi bölünemeyen bir malsa, paydaşlardan birine malın verilmesi; diğerinin ise belirli bir miktar para ödemeye mahkûm edilmesi gerekmektedir.

Iustinianus’un *Institutiones*’inde ayrıca *adiudicatio* ile mülkiyet hakkının paydaş tarafından ne zaman kazanıldığı meselesi üzerinde durulmaktadır:

Iust. Inst. 4.17.7

*“Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum sit id statim eius
fit cui adiudicatum est.”*

Davalar nedeniyle tahsisi gerçekleştirilen mal, derhâl tahsis edilen kişinin olur.

Metinde de belirtildiği üzere *adiudicatio* sonucunda mülkiyet hakkı, ilgili paydaş tarafından karar verildiği anda, derhâl, kazanılmaktadır.

C. İnşâî Hüküm ve Eda Hükümü

Actio communi dividundo’ya ilişkin yargılama sonucu verilen hükmün inşâî etkisi bulunmaktadır. Gerçekten yargılama faaliyetiyle hâkim, önceki somut durumu geçersiz

kılarak yeni bir durum yaratmaktadır⁵²⁶. *Formula* usûlünde buna olanak tanıyan bölüm *adiudicatio*'dur.

Actio communi dividundo ile *praestationes personales*'in ileri sürülebilmesinin *clausula condemnatoria* ile geliştirildiği tahmin edilmektedir. Nitekim Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru, *actio communi dividundo* aracılığıyla sadece bölüştürmeyle ilgili *praestationes personales* değil, aynı zamanda paylı malın olağan idaresine ilişkin paydaşlar arasındaki hukuki ilişkilerden kaynaklanan *praestationes personales* de talep edilebilir hâle gelmiştir. Söz konusu genişlemenin sonucu olarak *actio communi dividundo* ile verilen bu hükümlerin, eda hükmü niteliğinde olduğu düşünülmektedir⁵²⁷. Böylelikle paylı mala zarar veren ya da payından daha fazla kazanç elde eden paydaş, tazminat ya da eski hâle getirme ile yükümlü olmaktadır. Benzer şekilde, bir paydaş paylı malın korunması için masraf yapmışsa, diğer paydaşlardan bunu *actio communi dividundo* ile talep edebilmektedir.

V. *Actio Communi Dividundo* ve *Actio Pro Socio*: Davaların Yarışması

Daha önce de belirttiğimiz gibi *societas*'ın mevcut olduğu bazı hâllerde ortaklar dilerse *societas*'a getirilen mallar üzerinde paylı mülkiyet kurabilmektelerdi. Bu nedenle *societas* ve *communio* bazı hâllerde bir arada bulunmaktaydı. Bu gibi hâllerde taraflar arasında uyuşmazlık çıkması durumunda, taraflar benzer talepler bakımından dilerlerse

⁵²⁶ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 440. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte çağdaş hukukumuzda da genellikle, ortaklığın giderilmesi davasının inşaî dava olduğu düşünülmekte ve yargılama sonucu verilen hükmün inşaî etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. **Topal**, s. 496; **Köroğlu**, s. 75.

⁵²⁷ **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 442.

actio pro socio'ya dilerlerse *actio communi dividundo*'ya başvurabilmektelerdi. Dolayısıyla bazı talepler bakımından davalar yarışmaktaydı.

Konuyla ilgili metinleri inceleyelim:

D. 17.2.34 (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*)

“*Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deteriore fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscendae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo. Inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.*”

Metinde *actio communi dividundo* ve *actio pro socio* karşılaştırılmaktadır. Buna göre paylı mal için ödenen giderlerin, paylı maldan elde edilen semerelerin veya paylı maldan kaynaklanan zarar nedeniyle tazminat taleplerinin *actio pro socio* ile talep edilemeyeceği belirtilmektedir. Paylı mülkiyetin miras ortaklığından kaynaklanması durumunda, ortaklığın giderilmesi için açılacak davanın *actio familiae herciscundae*; geri kalan hâllerde açılacak davanın *actio communi dividundo* olduğu metinde ifade edilmektedir. Öte yandan, miras ortaklığı durumunda ortaklığın giderilmesi için *actio communi dividundo*'nun da açılacağı ayrıca belirtilmektedir.

Societas'ın bulunduğu hâllerde ortaklar dilerse paylı mülkiyet birliği tesis edebilirlerdi. Nitekim *societas*'ta paylı mülkiyetin kurulması zorunlu değildi. Dolayısıyla paylı mülkiyetin tesis edildiği bazı hâllerde paydaşlar aynı zamanda *societas*'ın ortaklarıydı. Bu gibi hâllerde paydaşların paylı mülkiyet nedeniyle birbirlerine açabilecekleri davalara ek olarak, *societas*'ın ortağı olmaları dolayısıyla, *societas*'tan kaynaklanan bazı taleplerini *actio pro socio* ile ileri sürebilmeleri mümkündü.

Bahsi geçen metin esasen iki davanın uygulanması arasındaki farka işaret etmektedir. Gerçekten *actio pro socio, societas*'ın tasfiyesine yol açabilen ve ortaklar arasındaki borçların talep edilebildiği bir dava idi. Bu nedenle paylı mülkiyetin sona erdirilmesine olanak sağlayan bir dava değildi.

Ayrıca *actio pro socio*'nun *formula*'sında *adiudicatio* bölümü mevcut değildi. Nitekim dava, paylaştırmanın hakkaniyete uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için elverişli değildi⁵²⁸.

Benzer hususta başka bir metni inceleyelim:

D. 10.3.2 pr. (Gaius libro septimo ad edictum provinciale)

“Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.”

Alıntı yaptığımız metin, *societas* ve *communio* kurumları arasındaki ilişkinin ele alınması bakımında önem arz etmektedir. Paylı mülkiyetin *societas*'tan kaynaklanması ile *societas* dışı başka bir hukuki ilişkiden kaynaklanması arasında herhangi bir fark olmadığı metinden anlaşılmaktadır. Nitekim paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi amacıyla her durumda *actio communi dividundo*'ya başvurmak gerekmektedir. Bu bakımdan metinde verilen örneğe göre birden fazla kimsenin belirli amaç doğrultusunda bir malı birlikte satın alması durumunda paylı mülkiyet *societas*'tan kaynaklanmıştır.

⁵²⁸ *Actio pro socio* ve *actio communi dividundo*'dan hangisinin kronolojik olarak daha önce tanındığı hakkındaki tartışmalar için bkz. **Evangelisti**, *Ius Prohibendi*, s. 439.

Bununla birlikte, kendilerine vasiyetname ile mal bırakılan kimseler arasında *societas* mevcut değildir ve paylı mülkiyet vasiyetnameden kaynaklanmıştır. Her iki durumda da ortaklığın giderilmesi, *actio communi dividundo* ile mümkündür⁵²⁹. Bununla birlikte, ikinci durumda, paylı malın paylaşılması için *actio pro socio* açılmayacaktır. Nitekim ikinci durumda, tarafların ortaklık kurma yönünde iradeleri mevcut değildir.

Metinlerden de anlaşıldığı üzere *actio pro socio*, ortaklığın giderilmesi ve paylı malın paylaşılması talepleri bakımından uygun değildir.

D. 10.3.1 (Paulus libro 23 ad edictum)

“Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit.”

Metinde *actio pro socio*’nun *societas*’ın ortakları arasındaki alacak haklarıyla ilgili bir dava olduğu belirtilmektedir. *Actio communi dividundo* ise *societas*’taki paylı mülkiyetin sona erdirilebilmesine olanak tanıyan bir davadır. Bu nedenle *societas*’ta paylı mülkiyet söz konusu değilse, *actio communi dividundo*’dan da söz edilemeyecektir.

⁵²⁹ Yukarıda da izah edildiği üzere, miras ortaklığında ortaklığın giderilmesi *actio familiae erciscundae* ile talep edilebilmekteydi. Gerçekten **D. 17.2.34** metninde de belirtildiği gibi: *“Inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi.”* Buna göre miras ortaklığında paylaşma için *actio communi dividundo*’nun açılabilmesi de mümkündür. Böylelikle akıllara iki dava arasındaki farkın ne olduğu sorusu gelebilir. Doktrinde *actio familiae erciscundae*’a ilişkin *formula*’da hâkimin terekenin tamamı bakımından paylaştırmayı gerçekleştirmekle bağlı olduğu; *actio communi dividundo*’da ise bunun *formula*’da belirtilen mallarla sınırlı olduğu vurgulanmaktadır. **Dinçer**, s. 85.

Davalar açısından bazı talepler yarışabilmektedir:

D. 17.2.38.1 (*Paulus libro sexto ad Sabinum*)

“Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait.”

Alıntı yaptığımız metinde bahsi geçen olayda *societas*’ın ortakları aynı zamanda *communio*’nun paydaşlarıdır. Bu durumda paylı malla ilgili yapılan masrafların ve elde edilen semerelerin hem *actio pro socio* hem *actio communi dividundo* ile talep edilebileceği metinde belirtilmektedir. Zira davalardan birinin diğerini ortadan kaldıracağını Proculus söylemektedir. Dolayısıyla söz konusu talepler bakımından davaların yarıştığı anlaşılmaktadır⁵³⁰.

VI. Iustinianus Dönemi’ndeki Uygulama

Klasik Hukuk Dönemi’ndeki uygulamaya göre *actio communi dividundo*, paydaşlar için ortaklığın giderilmesi ve paylı mülkiyetin sona erdirilmesi sonucunu doğurmaktaydı. Bu noktada paylı mülkiyet sona erdirilmek istenmiyorsa *actio pro socio*, *actio negotiorum gestorum* veya bazı hâllerde sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade davasına başvurmak gerekmektedir⁵³¹.

Zaman içerisinde dava, yalnız ortaklığın giderilmesi için değil paylı mal nedeniyle uğranılan zararların talep edilebilmesine olanak sağlamıştı⁵³².

⁵³⁰ Dinçer, s. 102.

⁵³¹ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 148.

⁵³² Umur, Eşya, s. 39.

Iustinianus Dönemi'ne gelindiğinde ortaklığın giderilmesi sonucuna ulaşmadan, *actio communi dividundo*'yu paydaşlar tazminat talepleri kapsamında da kullanmaya başlamıştı⁵³³.



⁵³³ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 148; Di Marzo, s. 256; Umur, Eşya, s. 39.

SONUÇ

Birlikte mülkiyette, aynı hukuki statüde birden fazla kişi, aynı eşya üzerinde, aynı anda birlikte mülkiyet hakkına sahiptir. Çağdaş hukukumuzda birlikte mülkiyetin paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti olmak üzere iki türü kabul edilmektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan paylı mülkiyette, tek kişi mülkiyetinden farklı olarak mülkiyet hakkı, aynı zaman diliminde birden çok kişiye aittir. Paydaş olarak adlandırılan bu kimseler arasında “paylı mülkiyet birliği” kurulmakta ve paydaşların her birinin mülkiyetin bir payına sahip olduğu kabul edilmektedir. Paylı mülkiyetin temeli ise Roma hukukuna dayanmaktadır ve birlikte mülkiyet türü olarak Roma hukukunda paylı mülkiyetten başka bir mülkiyet türü kabul edilmemektedir.

Roma hukukunda paylı mülkiyet kavramını karşılayan teknik bir kavram bulunmamaktaydı. Zira Roma hukukunda her bir paydaşın paylı mal üzerindeki hakkını ifade etmek üzere *dominium pro parte*, *pars portio dominii* veya *pars rei pro indiviso* gibi kavramlar kullanılmaktaydı. Paylı mülkiyet kavramına yakın bir kavram olarak kullanılan *communio* (birlik) kavramı ise teknik anlamda paylı mülkiyeti ifade etmekten çok, paydaşlar arasındaki paylı mülkiyet birliğini ifade etmekteydi. Aynı mal üzerinde birden fazla kimsenin aynı zamanda malik olması *rem communem esse*, *rem communem habere* ve *rem plurimum esse* gibi kavramlarla da ifade edilmekteydi. Paydaş kavramı için *dominus* (malik) veya *socius* (ortak) kavramları kullanılmaktaydı. Dolayısıyla çağdaş hukukta “paydaş” olarak ifade edilen kavramın Roma hukukunda tam karşılığı bulunmamaktaydı.

Iustinianus Dönemi’nde *communio* yeni bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştu ve *communio incidens* (tesadüfi *communio*) kavramı ile *quasi contractus* (sözleşme benzeri) kavramı altında farklı bir sistematikte ele alınmıştı. *Communio incidens*’in söz konusu olabilmesi için, birden fazla kimsenin, bir mala paylar vasıtasıyla sahip olması

gerekmekteydi ve mülkiyet, tarafların iradelerinden bağımsız olarak tesadüfî bir olaydan meydana gelmekteydi.

Klasik Dönem Roma hukukunda paylı mülkiyet yapısı, tek kişi mülkiyeti kalıpları içinde bireyci bir anlayışla tutarlı bir şekilde gelişmişti. Bu kapsamda her bir paydaşın hakkı, paylı mal ile doğrudan ilişkisinden kaynaklanan münhasır egemenlik olarak kabul edilmişti. Roma hukukunda paylı mülkiyet, her bakımdan soyut pay kavramı üzerine inşa edilmiş bir kurumdu. Nitekim payların fiziki bir bölünme sonucunda değil, zihni bir bölünme sonucunda soyut olarak meydana geldikleri kabul edilmekteydi. Roma hukuku kurallarına göre aynı eşya üzerinde birden fazla kimsenin tek başına ve malın tamamını kapsayacak şekilde egemenlik kurması düşünüleliyordu. Bu bağlamda Roma hukuku paylı mülkiyetinde paydaşlar, fiziken bölünmüş malın bir parçasının maliki kabul edilmemekteydi. Gerçekten, malın en küçük parçasında bile her paydaşın soyut (fikrî, ideal, varsayıli, düşünsel, zihinsel) payının bulunduğu düşünölmekteydi. Bu sebeple Klasik Hukuk Dönemi'ndeki paylı mülkiyet kurumu, bazı kaynaklarda *communio pro indiviso* olarak da ifade edilmekteydi. Böylelikle *communio*'nun bölünmezliğı ve *communio*'daki soyut pay kavramı vurgulanmaktaydı.

Soyut pay kavramı, paylı maldan semere elde edilmesinde veya ortak kölenin elde ettiğı kazançlar bakımından önem arz etmekteydi. Benzer şekilde paydaşın kendi payına ilişkin tasarruflarında da önem arz etmekteydi. Bu kapsamda paydaş, payını devredebilmekte, dilerse payı üzerinde sınırlı aynî hak tesis edebilmekteydi. Bununla birlikte, irtifak hakkı gibi paylı malın bütününe ilgilendiren meselelerde paydaşın payı üzerinde irtifak hakkı kurabilmesi kabul edilmemekteydi.

Öte yandan, çalışmamızda da üzerinde durulduğı üzere, paylı mülkiyetin hukuki niteliğı doktrinde oldukça tartışmalı bir meseledir ve konu hakkında farklı görüşler ileri sürölmüşür. Teoriler kapsamında hukukçular aslında bir soruyu cevaplamaya

çalışmaktadır. Paylı mülkiyette nasıl olur da birden çok kişi, aynı anda, belirli bir malın üzerinde eşit derecede mülkiyet hakkına sahip olabilmektedir?

Geçtiğimiz yüzyıla kadar etkili olan bu husustaki en eski teorinin paylı mülkiyette eşyanın bölündüğünü ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Başka bir teori, paylı mülkiyette bölünen unsurun, eşya üzerindeki mülkiyet hakkı olduğunu ileri sürmektedir. Pay kavramı ile doğası gereği bir bütünün parçası anlaşılmakla birlikte, çağdaş hukuk doktrinde eşyanın veya hakkın bölündüğüne ilişkin teoriler, bugün için kabul edilmemektedir. İsviçre-Türk hukukunda genellikle kabul edilen teori, paylı mülkiyette mülkiyet hakkından kaynaklanan bazı yetki ve ödevlerin bölündüğünü ileri sürmektedir. Bu teori kapsamında mülkiyet hakkının içeriğini oluşturan yetkilerden ve ödevlerden bölünmeye elverişli olanların paydaşlar arasında belirli bir oran dahilinde bölündüğü kabul edilmektedir. Bölünmeye elverişli olmayan yetkiler ve ödevler bakımından paydaşlar birlikte malik kabul edilmektedir.

Çalışmamızın devam eden kısmında miras ortaklığının Roma'daki en eski biçimi kabul edilen *consortium ercto non cito* kurumu ele alınmıştır. Roma toplumunun kültüründen doğan *ius civile*'ye ait bu kurum, Roma hukukunun arkaik döneminde bir aile babasının ölümüyle, terekenin paylaşılmasından önce *sui heredes* arasında tereke idaresinin birlikte devam ettirildiği hukuki ilişkiyi ifade etmektedir. *Consortium ercto non cito*'daki mülkiyet rejimi, bazı hukukçular tarafından elbirliği mülkiyeti ile ilişkilendirilmekle birlikte, *consortium*'un ortaklarının *manumissio* ve *mancipatio* gibi önemli hukuki işlemleri tek başına yapabilmesi, esasen kavramın kendine özgü karakterini ortaya koymaktadır.

Consortium ercto non cito kurumu hakkında bildiklerimiz, 1933 yılında Gaius'un *Institutiones* isimli eserinde daha önce yer aldığı bilinmeyen bazı metinlerin (**Gai, Inst 3.154a** ve **Gai. Inst. 154b**) bulunmasına dayanmaktadır. Metinlerin keşfi, Romanistler

tarafından büyük bir ilgiyle karşılanmıştır ve yayımlanmasıyla birlikte *consortium ercto non cito* kurumuna ve bu bağlamda Roma hukukunun arkaik dönemlerindeki miras ortaklığı hakkında kapsamlı bir literatür ortaya çıkmıştır.

Bahis konusu metinlere göre *consortium*'un, Roma vatandaşı olan *sui heredes* kardeşler arasındaki *consortium ercto non cito* (*societas fratrum suorum*) ile kardeş olmayanlar tarafından, *sui heredes* arasındaki ortaklık biçimi örnek alınarak oluşturulan *consortium* (*societas ceterorum qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint*) olmak üzere iki türü mevcuttur.

Consortium ercto non cito, Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru gözden tamamen düşmüştür ve yerini *communio* kurumu almıştır. *Consortium*'un gözden düşmeye başlamasını ise Roma'da sosyal ve ekonomik alandaki değişimlerin hukuk alanına yansması olarak değerlendirmek mümkündür. Gerçekten, bireysel ticari çıkarların başka hukuki yollarla sağlanmaya başlaması, örneğin ortak bir amaç doğrultusunda bireylerin *societas* ile bir araya gelebilmesi, esnek bir kurum olmayan *consortium*'a tercih edilmeye başlanmıştır. Böylece *societas*'ın ilk şekli olan *societas omnium bonorum* olarak adlandırılan ortaklıklar, toplumsal hayatta baş göstermiştir. *Consortium ercto non cito*'dan *societas*'a geçiş ise bir anda meydana gelmemiştir. Bu açıdan özellikle *societas omnium bonorum*, iki kurum arasındaki geçişin izlerini yansıtmaları bakımından önemlidir.

Çalışmamızın devam eden bölümünde izah edildiği üzere, paylı mülkiyete ilişkin hukuki ilişkilerin, tarafların iradesine bağlı olarak doğduğu durumlar ile tarafların iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan hâller arasında şekli bir ayrım yapılmaktadır. Gerçekten, birden fazla kimsenin beraber bir malı satın alması durumunda paylı mülkiyet, tarafların kendi istekleriyle meydana gelmekteyken; birden fazla kimseye ait malların karışması durumunda, kişilerin istekleri dışında paylı mülkiyetin ortaya çıkması söz

konusudur. Nitekim Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, paylı mülkiyetin farklı pek çok hukuki olaydan ortaya çıkabildiği anlaşılmaktadır. Bu hâllere *societas* gibi rızaî bir sözleşme örnek gösterilebileceği gibi *accessio*, *commixtio*, *confusio* gibi mülkiyetin aslen kazanıldığı hâller de örnek gösterilebilmektedir.

Roma hukukunda paylı mülkiyet kurumu incelendiğinde, soyut pay kavramının hem birlikte mülkiyet yapısının anlaşılması hem paydaşlar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi açısından önemli bir rolü olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten uyumsuzlukların çözümünde, genellikle soyut paylara ilişkin prensipler esas alınmıştır. Paylı mala ilişkin tasarruf işlemlerinde ise pek çok durumda tüm paydaşların birlikte hareket etmesi gerekmektedir. *Res communis* (paylı mal)’e ilişkin paydaşların işlemleri meselesi özellikle *ius prohibendi* kavramı özelinde kendini göstermektedir.

Ius prohibendi (engelleme hakkı), bir paydaşın paylı mala ilişkin tasarruflarının başka bir paydaş tarafından engellenmesi olarak tanımlanmaktadır. Roma hukukunda paylı mülkiyet kapsamında tüm paydaşların neredeyse dilediğini yapabilmekte özgür oldukları anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bir paydaşın muhalefeti, başka bir anlatımla bir paydaşın engelleme hakkını kullanması, diğer paydaşın işlemini durdurabilmektedir.

Bu kapsamda Roma hukukunda eşya üzerindeki egemenliği ifade eden *dominium* kurumu ile Roma devletini yönetme yetkisi olarak tanımlanan *imperium* kurumu arasında doğası gereği bir karşılaştırma ortaya çıkmaktadır. Nitekim iki kurumda da eşit yetkilere sahip birden fazla kimsenin bir araya gelmesi söz konusudur. Paylı mülkiyette paydaşların *dominium*’a birlikte sahip olması ve bunu kullanırken eşit olması ile *imperium*’a *magistratus*’un birlikte sahip olması, bir açıdan benzetilmektedir. Benzer amaç ve işlevle kurumların tarafları arasında denge sağlamak adına paylı mülkiyette *ius prohibendi*; *imperium*’da ise *intercessio* öngörülmüştür.

Ius prohibendi gibi Roma hukukuna özgü başka bir kavram *ius adcrescendi* (çoğalma hakkı)'dır. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin payı üzerindeki haktan herhangi bir sebeple feragat etmesi durumunda, özellikle *servus communis* (ortak köle)'in paydaşlardan biri tarafından *manumissio* ile azat edilmesinde, *ius adcrescendi* gereğince hakkından feragat eden paydaşın payı, diğer paydaşlara intikal etmektedir. *Ius adcrescendi*'nin uygulanabilmesi için mülkiyet birliği kapsamında birden fazla hak sahibinin mevcudiyetinin yanı sıra, söz konusu yapı içerisinde hak bakımından bir eksilmenin veya açığın ortaya çıkması gerekmektedir.

Öte yandan Roma hukukuna göre, özüne zarar vermeden paylı malın paydaşlar tarafından kullanılması ve paydaşların maldan fayda sağlaması, ölçülü olmak koşuluyla ve başka bir paydaşın buna engel olmaması koşuluyla mümkündür. Nitekim *ius prohibendi*'ye dayanarak bir paydaşın, diğer paydaşın herhangi bir işlemine engel olması ihtimal dahilindeydi.

Roma hukuku kuralları uyarınca, taşınmaz lehine irtifak hakkının paylara bölünmezliği ilkesi gereği *res communis* üzerindeki payda irtifak hakkı kurulması mümkün değildi. Bununla birlikte, bir taşınmazın parsellere ayrılması durumunda her bir parselin ayrı bir taşınmaz olarak kabul edilmesi nedeniyle (*pro diviso*), parseller üzerinde irtifak hakkının kurulabilmesi mümkündür. Bundan başka, bir paydaşın paylı maldaki payı üzerinde rehin hakkı tesis etmesi mümkündür. Rehin hakkı tesis edildikten sonra paylı malın iki paydaş arasında paylaşılması durumunda ise hakkın, malın tamamı üzerinde paydaşın payı oranında devam ettiği kabul edilmekteydi.

Paylı mülkiyet bakımından paydaşların sorumluluğu hususu Roma hukukunda, *societas*'ın ortaklarının sorumluluğuna benzetilerek çözüme kavuşturulmuştu ve paydaşın, diğer paydaşa karışı *dolus* (kasıt) veya *culpa* (ihmal) hâlinde sorumlu olduğu kabul edilmişti. *Culpa* bu bakımdan, henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde, paydaşın

diligentia quam in suis (kendi işlerinde göstermesi gereken özen) ölçütüne göre belirlenmişti.

Res communis'e cenaze defnedilmesiyle, önceden *res in commercio* (ticarete elverişli mal) veya *res in patrimonio* (malvarlığına dahil olan mal) statüsünde olan malın; aynî hakların konusunu oluşturmayaacağı düşünülen mallardan *res religiosae* statüsüne geçmesi söz konusuydu. Bununla birlikte, kamu yararı bakımından ve cenazelerin defnedilmeden bekletilmemesi için söz konusu genel kuralın bazı hallerde göz ardı edildiği de görülmektedir. Nitekim paylı mülkiyette paylı mal bakımından diğer paydaşın rızası olmamasına rağmen bir paydaşın paylı mala cenaze defnetmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Res communis'e ilişkin başka bir durum *paries communis* kavramı açısından kendini göstermektedir. *Paries communis* (ortak duvar) kavramı, bitişik nizam şeklindeki iki yapı tarafından birlikte kullanılan duvarı ifade etmektedir. Bu noktada ortak duvar üzerinde paylı mülkiyet kabul edilmektedir ve ortak duvara *communio* kuralları uygulanmaktadır. Ortak duvar hususunda özellikle komşuluk ilişkileri bağlamında somut olaya göre farklı düzenlemeler getirildiği anlaşılmaktadır. Roma hukuku kaynaklarından anlaşıldığı kadarıyla, paydaşlardan birinin ortak duvar için gerekli onarma ve inşaat faaliyetleri gerçekleştirebilmesi kabul edilmektedir. Konuyla ilgili tartışmalar özellikle komşuluk ilişkileri ve *cautio damni infecti* hususunda yoğunlaşmaktadır. *Damnum infectum*, henüz gerçekleşmemekle birlikte, komşu yapının tehlikeli bir durumda bulunması nedeniyle gerçekleşmesinden endişe duyulan muhtemel zararı ifade etmekteyken; *cautio damni infecti*'nin konusunu, tehlike arz eden bir yapı nedeniyle zarara uğrama tehdidiyle karşılaşan komşu yapının malikine verilen *cautio* (teminat) oluşturmaktadır. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru Roma'da plansız şekilde gelişmeye başlayan şehirleşme, *cautio damni infecti* kurumunun ortaya çıkmasında etkili olmuştur.

Çalışmamızın son bölümünde ortaklığın giderilmesi davası olarak dilimize çevirebileceğimiz *actio communi dividundo* ele alınmıştır. Roma hukukunda paydaşlara *communio*'yu sona erdirebilmeleri ve paylarıyla orantılı olarak paylı malı paylaşabilmeleri için *actio communi dividundo* imkânı sağlanmıştı. Bu dava ile paydaş, istediği zaman ortaklığın giderilmesini talep edebilmekteydi. *Actio communi dividundo*'nun işlevi, başlarda sadece ortaklığın giderilmesi ve paylı mülkiyetin sona erdirilmesinden ibaretti. Bununla birlikte dava, Roma hukukunun gelişiminin ilerleyen aşamalarında, paylı mülkiyeti sona erdirmeye işlevinden uzaklaşarak paydaşların birbirlerinden olan borçlarının talep edilebildiği bir dava niteliğini kazanmıştı.

Roma hukukunda miras ortaklığındaki birlikte mülkiyet rejimi, paylı mülkiyetten bağımsız olarak şekillenmişti. Birlikte mülkiyetin en eski türüne vücut veren miras ortaklığının ortaklar tarafından sona erdirilmesi de bu bakımından Roma hukukunda farklı bir gelişim izlemişti. Ortaklara miras ortaklığını sona erdirmeleri için *actio familiae erciscundae* (mirasın paylaşılması davası) imkânı sağlanmıştı. Bu bakımdan ortaklığın giderilmesine ilişkin en eski dava Roma hukukunda *actio familiae erciscundae* idi.

Mülkiyette bireyselleşmenin belirginleşmeye başlamasıyla, miras ortaklığında da pay düşüncesi önem kazanmaya başlamıştı. Paylı mülkiyete ilişkin kuralların gelişmeye başlamasıyla, paylı mülkiyeti sona erdirmek üzere paydaşlara *actio communi dividundo* imkânı verilmişti. Böylelikle paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesine ilişkin genel bir dava olarak *actio communi dividundo* kullanılmaya başlanmıştı. Dolayısıyla paylı mülkiyetin Roma hukukunda miras ortaklığından mı doğduğu yoksa miras ortaklığı dışında bir sebepten mi doğduğu hususu, ortaklığın giderilmesinde açılacak dava bakımından önem kazanmıştı. Bununla birlikte, iki davanın uygulaması pek çok bakımdan birbirine benzemekteydi. Roma hukukuna göre *actio communi dividundo* ile *actio familiae erciscundae*'in *iudicium duplex* (çift taraflı dava) niteliğine sahip olduğu kabul edilmekteydi.

Iudicium duplex kavramı, temelleri Roma hukukuna dayanan, sonrasında Ortak hukuk ve Pandekt hukukunda da kabul edilen bir kavramdır. *Iudicium duplex*'te bir taraf lehine verilen hüküm, diğer taraf aleyhine sonuç doğurmamaktadır. Zira bu tip davalarda verilen hüküm, taraflar için aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla *actio communi dividundo* ve *actio familiae erciscundae* gibi *iudicium duplex* niteliğini haiz davalarda, davının tarafları aynı anda hem davacı hem davalı kabul edilmektedir.

Öte yandan, *actio communi dividundo*'da hâkime geniş takdir yetkisi verilmişti. Hâkim bu yetkisini, Roma usûl hukuku kurallarının kendisine verdiği çeşitli araçlarla kullanabilmekteydi. Bu noktada öncelikle hâkim, mümkünse her bir paydaş için malın bir parçası üzerinde tek kişi mülkiyeti kurulmasına karar vermektedir. Hâkim, paydaşlar için tek kişi mülkiyetini *adiudicatio* (tahsis) vasıtasıyla yapabilmekteydi. *Adiudicatio*, *actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae* ile *actio finium regundorum* adlı üç davada hâkimin, malın tamamının veya bir kısmının üzerinde taraflardan biri lehine aynî hak tesis etmesine olanak sağlayan *formula*'nın bir bölümüydü.

Bölünmenin gerçekleştirilememesi durumunda, hâkimin hakkaniyete uygun şekilde paylaştırmayı yapabilmesine *formula*'nın *condemnatio* bölümü olanak sağlamaktaydı. Bu noktada önce paydaşlar arasındaki borçlar hesaplanmakta; tahsis edilen payların yetersiz kalması durumunda bunu telafi etmeyi amaçlayan *condemnatio* aracılığıyla paydaşlar arasında yeni alacak hakları oluşturulmaktaydı. Hâkimin görevi bununla da sınırlı değildi. Paylı mal için ödenen masrafların, paylı maldan elde edilen semerelerin veya paylı mal nedeniyle gerçekleşen zararların giderilmesinde de *condemnatio* benzer bir işlevi yerine getirmekteydi. Bu nedenle davanın uygulandığı hâller bir anlamda genişlemekteydi. Nitekim *actio communi dividundo* ile sadece paylaşma gerçekleşmiş olmamakta; aynı zamanda paydaşların birbirlerine karşı borçları da hesaplama dahil edilmekteydi.

Actio communi dividundo'nun uygulama alanının genişlemesiyle, *praestationes personales* olarak adlandırılan ve taraflar arasındaki *impensae, fructus, damna* gibi ödemelerin -sırasıyla paylı mal için ödenen masraflar; paylı maldan elde edilen semereler; paylı mal nedeniyle uğranılan zararlar- talep edilebilmesi sağlanmıştır. Böylelikle *actio communi dividundo* ile taraflar arasındaki borç ilişkilerinin tamamı hakkaniyete uygun bir şekilde sona erdirilmeye çalışılmıştır.

Nitekim Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru, *actio communi dividundo* aracılığıyla sadece bölüştürmeyle ilgili *praestationes* değil, aynı zamanda paylı malın olağan idaresine ilişkin paydaşlar arasındaki borç ilişkilerinden kaynaklanan *praestationes personales* de talep edilebilir hâle gelmiştir.

Öte yandan, *societas*'ın mevcut olduğu bazı hâllerde ortaklar dilerse *societas*'a getirilen mallar üzerinde paylı mülkiyet kurabilmekteydi. Bu nedenle *societas* ve *communio* bazı hâllerde bir arada bulunabilmekteydi. Bu gibi hâllerde taraflar arasında uyuşmazlık çıkması durumunda, taraflar birbiriyle yarışan talepler bakımından dilerlerse *actio pro socio*'ya dilerlerse *actio communi dividundo*'ya başvurabilmekteydi. Dolayısıyla bazı talepler bakımından davalar yarışmaktaydı.

Iustinianus Dönemi'ne gelindiğinde *actio communi dividundo*, yalnızca ortaklığın giderilmesi işlevini yerine getiren bir dava olmaktan çıkarak paydaşlar arasındaki tazminat talepleri için kullanılabilen bir dava hâline gelmişti.

KAYNAKÇA

- Akipek, J. G.:** Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet, Ankara 1973
- Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş, D.:** Eşya Hukuku, İstanbul 2018
- Aksaray, B.:** “Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları” SDÜHFD (2019), C. 9, Sa. 1, s. 61-100
- Altop, S.:** Roma Hukuku’nda Kölelik, İstanbul 2002
- Arangio-Ruiz, V.:** “Il Nuovo Gaio Discussioni e Revisioni”, B.I.D.R. ‘Vittorio Scialoja’ Nuova Serie (1934), C. 1, Sa. 42, s. 571-624 (Gaio)
- Arangio-Ruiz, V.:** La Società in Diritto Romano, Napoli 1950 (Società)
- Arpacı A.:** Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990
- Atak, A. S.:** “Consortium Ercto Non Cito”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 19-38
- Ayan, M.:** Eşya Hukuku II Mülkiyet, Ankara 2016
- Aybay, A.:** Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966
- Ayiter, K.:** Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963 (Aile)
- Ayiter, N.:** Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Ankara 1977 (Eşya)
- Ayiter, N.:** Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961 (Elbirliği)
- Bannon, C. J.:** The Brothers of Romulus: Fraternal Pietas in Roman Law, Literature, and Society, Princeton 1997
- Berger, A.:** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953

- Betti, E.:** Istituzioni di Diritto Romano, Volume Primo, Padova 1947
- Bonfante, P.:** Corso di Diritto Romano, Volume Secondo, La Proprietà Parte II, Milano 1968 (Corso)
- Bonfante, P.:** “Il Ius Adcrescendi nel Condominio”, Scritti Giuridici Varii, III. Obligazioni, Comunione e Possesso, Torino 1926, s. 434-453 (ius adcrecendi)
- Bonfante, P.:** “Il Ius Prohibendi nel Condominio”, Scritti Giuridici Varii, III. Obligazioni, Comunione e Possesso, Torino 1926, s. 382-433 (Ius Prohibendi)
- Bonfante, P.:** Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1925 (istituzioni)
- Bretone, M.:** “Consortium e Communio”, LABEO (1960), C. 6, s. 163-215 (Consortium)
- Bretone, M.:** Servus Communis, Contributo alla Storia della Comproprietà Romana in Età Classica, Napoli 1958 (Servus)
- Brugi, B.:** L’ambitus e il Paries Communis nella Storia e nel Sistema del Diritto Romano, Torino 1887
- Daube, D.:** “Societas as Consensual Contract” The Cambridge Law Journal (1938), C. 6, Sa. 3, s. 381-403
- De Coulanges F. (Çev. Kılınç İ.):** Antik Site: Yunan’dan Roma’ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar Üzerine İnceleme, Ankara 2011
- Delogu, R. V.:** L’accrescimento nel Diritto Ereditario Romano, Milano 1941
- De Martino, F.:** Individualismo e Diritto Romano Privato, Torino 1999
- Diliberto, O.:** Materiali per la Palingenesi delle XII Tavole, Cagliari 1992 (Materiali)
- Diliberto, O.:** “Il Diritto di Proprietà: Estensione e Limiti. Dal Diritto Romano ai Codici Contemporanei. Cenni Critici” Roma e America, Diritto Romano Comune, Rivista di

Diritto dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina (2009),
Sa. 28, s. 59-73 (Il Diritto)

Dinçer Araz, N.: "Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak
'Özen Yükümü (Diligentia)'" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020),
C. 22, Sa. 1, s. 171-218

Dinçer Araz, N.: "Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (Concursus
Actionum) Genel Bir Bakış" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
Dergisi (2017), C. 23, Sa. 3 (Prof. Dr. Bülent Tahiroğluna Armağan, Özel Sayı), s. 235-
281 (Davaların Yarışması)

Dinçer, N.: Klasik Dönem Roma Hukukunda Actio Pro Socio ve Actio Communi
Dividendo İlişkisi, İzmir 2011 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

Diosdi, G.: Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law, Budapest 1970

Di Marzo, S. (Çev. Umur, Z.): Roma Hukuku, İstanbul 1959

Di Vincenzo, M.: Diritti, Poteri, Conflitti. Strumenti Giuridici per le Tecniche Decisionali
nel Diritto Romano (Pubblico e Privato), Yayımlanmamış Doktora Tezi, Roma 2019

Dural, M.: "Roma Hukukunda Akit Benzerleri (Quasi Contractus)", İÜHFM (1967), C.
33, Sa. 3-4, s. 257-272

Erdoğan, C.: Topluluk Mülkiyeti ile Ortaklığın Giderilmesi Dava ve İlkeleri, Ankara
1969

Erdoğan, B.: Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2022 (Eşya)

Erdoğan, B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005 (Borçlar)

Erdoğan, B.: Roma Hukuku, İstanbul 1992 (Roma)

Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2023

Esener, T./Güven, K.: Eşya Hukuku, Ankara 2024

Evangelisti, M.: “Consortium, Erctum Citum: Etimi Antichi e Riflessioni sulla Comproprietà Arcaica”, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana (2007), Sa. 6 (<https://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Evangelisti-Consortium-erctum-citum-compropriet-arcaica.htm>) (Consortium)

Evangelisti, M.: “Riflessioni in Tema di Ius Adcrescendi (tra Communio e Coeredità)”, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana (2011-2012), Sa. 10 (<https://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Evangelisti-Ius-adcrescendi-communio-coeredita.htm>) (ius adcrescendi)

Evangelisti, M.: “Sull’origine Policentrica della Societas Consensu Contracta”, Liber Amicorum per Massimo Bione, Milano 2011, s. 193-209 (Societas)

Evangelisti, M.: “Riflessioni sulla Natura e L’evoluzione del Ius Prohibendi”, KOINΩNIA, Rivista dell’Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi (2017), Sa. 41, s. 423-448 (Ius Prohibendi)

Fadda, C.: “Consortium, Collegia Magistratum, Communio”, Studi in Onore di Biagio Brugi nel XXX Anno del suo Insegnamento, Palermo 1910, s. 141-150

Franciosi, A.: “Legitima Simul et Naturalis Societas. Sull’antico Legame tra Heredium e Consortium”, TSDP Rivista Internazionale Online (2019), Sa. 12, s. 1-36

Frezza, P.: “Il Consortium Ercto Non Cito e Nouvi Frammenti di Gaio” Rivista di Filologia e d’Istruzione Classica (1934), Sa. 62, s. 27-46 (Gaio)

Frezza, P.: “L’istituzione della Collegialità in Diritto Romano”, Studi in Onore di Siro Solazzi nel Cinquantesimo Anniversario del suo Insegnamento Universitario, Napoli 1948, s. 507-541 (Collegialità)

Gellius A. (Çev.: Keskin L.): Attika Geceleri, Ankara 2021

Gordon, W. M.: “D. 33.2.31 – Usufruct and Common Property”, Studi in Onore di G. Grosso, Volume Quarto, Torino 1971, s. 307-313

Gönenç, F.: Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010 (Kadın)

Gönenç, F. İ.: Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), İstanbul 2004 (Societas)

Gönenç, F. İ.: “Roma’nın Vatandaşlık Politikası”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 559-673 (Vatandaşlık)

Günel, A. N.: Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara 2006 (Zamanaşımı)

Günel, A. N.: “Roma Miras Hukukuna Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, AÜHFD (1995), C. 44, Sa. 1, s. 425-442 (Miras)

Güneş Ceylan, S.: Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara 2008

Güneş Ceylan, S.: Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004

Günveren, G. B.: Ius Civile’nin Tanındığı Azat Etme Muameleleri ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, İÜHFM (2018), C. 76, Sa. 2, s. 529-557

İmamoğlu, M. A.: Mülkiyet ve Toprak Sistemleri, Ankara 2006

İpek, N.: “Roma Yazınında ve Hukukunda, Roma’nın Temel Erdemlerinden Biri: Pietas” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2021), C. 27, Sa. 1, s. 566-592

Johnstan, D.: Roman Law in Context, Cambridge 2004

Karadeniz Çelebican, Ö.: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara 1976 (İş İlişkileri)

Karadeniz Çelebican, Ö.: Roma Eşya Hukuku, Ankara 2015 (Eşya)

Karadeniz Çelebican, Ö.: Roma Hukuku, Ankara 2020 (Roma Hukuku)

Karagöz, H.: Traditio (Teslim)'nin Tarihsel Gelişimi ve Constitutum Possessorium (Zilyetlik Anlaşması), İstanbul 2001

Kaser, M. (Çev. Dannenbring, R.): Roman Private Law, Pretoria 1984

Kılıçoğlu, A.: Eşya Hukuku, Ankara 2021

Koschaker, P./Ayiter, K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977

Köroğlu, A.: Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (Çift Taraflı Dava Teorisi Işığında Bir İnceleme), İstanbul 2020

Kurşat, Z.: Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008

Küçük, E.: “Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: ‘Provocatio ad populum’ ve ‘Tribunus plebis’” Hacettepe HFD, C. 5, Sa.1, s. 127-144

Küçükgüngör, E.: Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus), Ankara 1998 (İntifa)

Küçükgüngör, E.: Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Ankara 2007 (Vasiyet)

Küçükgüngör, E.: Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, AÜHFD (1996), C. 45, Sa. 1, s. 505-531 (Muayyen Mal Vasiyeti)

Küley, M. M.: Toplu Mülkiyet, Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet, İzalei Şüyü (MK. m. 623-631), İstanbul 1959

Leesen, T. G.: Gaius Meets Cicero Law and Rhetoric in the School Controversies, Leiden 2010 (Gaius)

Leesen, T. G.: “Produced and Bottled in Rome – Who Owned the Wine? The Controversy About Specificatio” RIDA (2006), Sa. 52, s. 265-282. (Specificatio)

Lévy-Bruhl, H. (Çev.: Nail, H.): “Eski Roma Aile Hukukunda İki Cereyan”, İÜHFM (1940), C. 6, Sa. 1, s. 146-155

Maschi, C. A.: Disertiones, Ricerche Intorno alla Divisibilità del Consortium nel Diritto Romano Antico, Milano 1935 (Disertiones)

Maschi, C. A.: “Sull’Origine del Regime Giustiniano della ‘Manumissio’ del Servo Comune”, Studi in Memoria di Aldo Albertoni, Padova 1937, s. 421-448 (Servo)

Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2023

Onida, P. P.: “Fraternitas e Societas: I Termini di un Connubio”, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana (2007), Sa. 6 (<https://www.dirittoestoria.it/6/Tradizione-romana/Onida-Fraternitas-e-societas.htm>) (Fraternitas)

Öcal Apaydın, B.: Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara 2014

Öcal, B.: “Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri” AÜHFD (2011), C. 60, Sa. 3, s. 523-570

Öktem İ.: Kolektif Mülkiyetten İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul 1946

Özçelik, Ş. B.: Paylı Mülkiyette Yönetim ve Yararlanma Düzeni (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2005

- Özer Sarıtaş, D.:** “Antik Roma’da Nüfus Sayımı (Census)”, Arkeoloji ve Sanat Dergisi (2010), Sa. 134, s. 83-88
- Özgür, Y.:** Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi (İzale-i Şuyu), İstanbul 1995
- Özmen, E. S.:** Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992
- Öztaş, İ.:** Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul 2011
- Pampaloni, M.:** “Appunti sulla Confusione e sulla Commistione” B.I.D.R. (1929), Sa. 37, s. 33-52
- Paribeni, R. (Çev.: Talip, Ş.):** “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, İÜHFM (1935), C. 1, Sa. 3, s. 373-388
- Perozzi, S.:** “Condominio e Collegialità negli Scritti di Due Mieî Censori”, Scritti Giuridici I Proprietà e Possesso, Milano 1948, s. 587-635 (Condominio)
- Perozzi, S.:** Istituzioni di Diritto Romano Volume I, Firenze 1906 (Istituzioni)
- Perozzi, S.:** Saggio Critico sulla Teoria della Comproprietà, Milano 1890 (Critico)
- Perozzi, S.:** “Un Paragone in Materia di Comproprietà”, Scritti Giuridici I Proprietà e Possesso, Milano 1948, s. 557-584 (Un Paragone)
- Pólay, E. (Çev. Szabó, J.):** Iniuria Types in Roman Law, Budapest 1986
- Publius Ovidius Naso (Çev. Coşkun Abuagla, A.):** Dönüşümler I-XV, İstanbul 2020.
- Pugliese, G. (Çev.: Umur, Z.):** “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, İÜHFM (1957), C. 22, Sa. 1-4, s. 339-349
- Rado, T.:** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2014
- Saller, R. P.:** Patriarchy, Property and Death in the Roman Family, Cambridge 2004
- Schulz, F.:** Principles of Roman Law, Oxford 1936

Segrè, G.: “Sulla Natura della Comproprietà in Diritto Romano”, Dalla Radice Pandettistica alla Maturità Romanistica, Scritti di Diritto Romano, Torino, 1974, s. 25-226.

Serozan, R.: Eşya Hukuku I, İstanbul 2014

Sezgin, S.: “Müşterek Mülkiyette Genel Kaideler İdari Tasarruflarla Temsilden Doğan İhtilaflar”, Adalet Dergisi (1947), Sa. 12, s. 1069-1079

Sirmen, A. L.: Eşya Hukuku, Ankara 2023

Söğütlü Erişgin, Ö.: Roma Hukukunda “Cautio Damni Infecti”, Prof. Dr. Turgut Kaplsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 809-825 (Cautio)

Söğütlü Erişgin, Ö.: Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 2017 (Kamu)

Söğütlü Erişgin, Ö.: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016 (Contractus)

Söğütlü, Ö.: Roma Özel Hukuku, Ankara 2021

Şener, O. H.: “Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı Birinci Cilt, İstanbul 2002, s. 703-764

Tahiroğlu, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2023 (Borçlar)

Tahiroğlu, B.: “Roma Devleti’nin İktisadi Krizleri”, İÜHFM (1981), C. 45, Sa. 1-4, s. 677-706 (İktisadi)

Tahiroğlu, B./Erdoğan, B.: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2022

Talip, Ş.: “Haberler” Capitolivm, Roma Hukuku ve Tarihi Tedkikleri, Romanorum Ivris et Historiae Commentaria, (Ocak 1935), Yıl. I, Sa. 3, s. 199-210

Tarhan, A.: Roma Hukuku'nda Iniuria (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019

Tellegen, J. W.: “Was There a Consortium in Pliny’s Letter VIII 18?” RIDA (1980), C. 27, Sa. 3, s. 295-312

Topal, Ö.: Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyü) Davası, Ankara 2020

Türkoğlu Özdemir, G.: “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması” Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi (2005), C. 7, Sa. 1, s. 167-212 (Formula)

Türkoğlu Özdemir, G.: Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ankara 2004 (Plus)

Uçaryılmaz, T. Ş.: Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2019 (Bona Fides)

Uçaryılmaz, T. Ş.: “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi” TBB Dergisi (2018), Sa.135, s. 335-382 (Sözleşmesel Bona Fides)

Umur, Z.: Iustinianus Institutones, İstanbul 1968

Umur, Z.: Roma Eşya Hukuku, İstanbul 1983 (Eşya)

Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 (Lügat)

Umur, Z.: “Roma Miras Hukukunun Ana Hatları”, İÜHFM (1965), C. 31, Sa. 1-4, s. 159-195 (Miras)

Üskül Engin, Z. Ö./Karaman, B.: “Roma İmparatorluğu ve Roma Hukukunda Ailenin Toplumsal Temelleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2006), C. 5, Sa. 1, s. 255-313

Van Warmelo, P.: “Aspects of Joint Ownership in Roman Law” Legal History Review (1957), C. 25, Sa. 2, s. 125-195

Volterra, E.: Istituzioni di Diritto Privato Romano, Roma 1988

Watson, A.: “Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae” RIDA (1962), C. 9, Sa. 3, s. 431-436

Westrup, C. W.: Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, II. Joint Family and Family Property, Copenhagen 1934 (Joint Family)

Westrup, C. W.: Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, III. Patria Potestas, Copenhagen 1939 (Patria Potestas)

Yazıcı, A. N. M.: Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Ankara 2018

Yeşiller, M.: “Roma Hukukunda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu” Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (2013), C. 3, Sa. 1, s. 177-191

Zimmermann, R.: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1992

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKÇA

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>

<https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>

<https://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

ÖZET

Bir hukuki kavramın eksiksiz anlaşılabilmesi ancak doğuşunun, gelişiminin ve genel olarak günümüz hukuk düzenine ne şekilde ulaştığının irdelenmesiyle mümkün olabilir. Bu kapsamda çalışma, Roma hukukunda paylı mülkiyet kavramının temellerinin ortaya konulmasını, Roma hukukunun Klasik Hukuk Dönemi'nde paylı mülkiyete ilişkin kurallarının irdelenmesini, neticede çağdaş hukukumuzun konuya bakış açısına benzeyen ve ondan farklılaşan yönlerinin tespit edilmesini hedeflemektedir. Çalışmanın birinci bölümünde Roma hukukunda paylı mülkiyet (*communio*) kavramı ve paylı mülkiyetin Roma hukukundaki gelişimi incelenmektedir. İkinci bölümde, Roma hukukunda paylı mülkiyetin ortaya çıktığı haller irdelenmektedir. Üçüncü bölümde Roma hukukunda paylı mülkiyette paydaşlar arası ilişkiler, paydaşların yetkileri ve yükümlülükleri açıklanmaktadır. Son olarak, çalışmanın dördüncü bölümünde, *actio communi dividundo* ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Paylı Mülkiyet, Roma Hukuku, *Res Communis*, Elbirliği Mülkiyeti, Eşya Hukuku

ABSTRACT

A comprehensive understanding of a legal concept is only possible through an examination of its origins, historical development and the manner in which it has been received into the modern legal order. In this regard, the study aims to explore the foundations of the concept of shared ownership (*communio*) in Roman law to analyze the relevant legal rules developed during the Classical Period of Roman law and ultimately to identify the similarities and differences between this historical perspective and the approach adopted by contemporary legal systems. Accordingly, the first part of the study examines the concept of *communio* and its historical development within Roman law. The second part focuses on the circumstances under which shared ownership arises in Roman legal doctrine. The third part addresses the legal relationships among shared owners, including their rights and obligations. Finally, the fourth part analyzes the *actio communi dividundo*, the legal action by which shared ownership could be terminated in Roman law.

Key Words: Shared Ownership, Roman Law, *Res Communis*, Joint Ownership, Law of Property