

## ACTIO RERUM AMOTARUM

Yrd. Doç. Dr. Nurcan İPEK\*

### I. Genel Olarak

Roma şehir devletinin kuruluşundan başlayarak *Augustus*'un aile hukuku reformlarına<sup>1</sup> kadar devlet ve onun yargı erki, Roma ailesi içine girememiş; aile kurumu hukukçular tarafından ayrı bir hukuk dalı altında incelenmemiştir<sup>2</sup>. Ancak ilk imparatorluk döneminde özellikle *Augustus*'un getirdiği yeniliklerle başlayan süreç, aslında Roma ailesinde daha önce gerçekleşmeye başlayan değişimin bir sonucudur. Bu sonuç Roma aile kurumuna ilişkin bir takım meselelerin hukukçular tarafından tartışılmasını beraberinde getirmiştir. Roma devletinde yapılan savaşlar ve yabancıların sayısının artışı ile başlayan toplumsal değişim, tabii ki Roma ailesinin de farklılaşmasına neden olmuştur. Bu farklılaşma hukuki düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmıştır<sup>3</sup>. Ancak söz konusu hukuki

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> *Augustus* devrinde, aile hukukuna ilişkin üç kanundan söz edilebilir : M.Ö.18'de kabul edilen *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (evlenmeleri düzenleyen kanun), M.Ö.17'de kabul edilen *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* (zina ve tecavüzlere ilişkin kanun) ve M.S.9'da kabul edilen *Lex Iulia et Pappia Poppaea* (evli ve çocuk sahibi olanları koruyan kanun). Ayrıntılı bilgi için bkz. Tamer D., *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, İstanbul 2007, s.23-25.

<sup>2</sup> Gerçekten de Roma'da " aile hukuku " kavramı bağımsız bir kavram olarak yer almamakta; aile hukukuna girebilecek pek çok sorun başka hukuk alanlarına konu olmakta idi. Aile hukuku kapsamında yer alması gereken konular eşya, miras ve hatta borçlar hukuku alanında değerlendirilmekteydi.

<sup>3</sup> Umur, Roma ailesindeki değişimin ticari hayatın değişimiyle zorunlu olduğunu, ancak ailenin hızlı bir şekilde değişmediğini, bunun ise Romalıların geleneklere bağlı ve muhafazakâr olmalarından kaynaklandığını, belirtmektedir. Umur' a göre, dedelerinin örf ve adetlerine kuvvetle bağlı olan Romalılar, eski kuralları hemen terk etmediler, yeni kuralları bu kurallar iyice yerleştikten sonra kabul ettiler. Bu nedenle de ailenin değişimi yüzyıllar sürdü. Böylelikle *Iustinianus* devrine gelindiğinde ilk başta modern aileye hiç

düzenlemelerin yapılmasının; diğer bir ifadeyle devletin, aile kurumuna müdahalesinin daha çok ekonomik sebeplere dayandığını ve ailenin malvarlığını ilgilendiren konulara ilişkin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Modern hukuklarda olduğu gibi Roma ailesinin de kurulması için evlilik gereklidir. Roma’da sosyal ve ahlaki kurum olan evlilik, modern hukuklardan farklı olarak devletin müdahalesini gerektirmeyen bir birlikteliktir. Anlamı üzerinde çok tartışma yapılan ve klasik hukuk devrine ait bir metin olduğu belirtilen *Modestius*’a ait ifadede evlilik “ hayatın tüm yönlerini paylaşan bir erkekle bir kadının birliği, ilahi ve beşeri hukukta müşterek bir hayat için birleşmesi ”<sup>4</sup> şeklinde tarif edilmekteydi. Roma hukukunda tarafların herhangi bir şekilde bağlı olmayan karşılıklı iradesiyle (*consensus*) oluşan evlenme rızai bir akitir.

*Consensus* sona erdiğinde de, taraflar boşanmış olur. Eşlerin boşanması için ayrıca devlet makamları tarafından verilen bir boşanma kararına da ihtiyaç duyulmaz. Meydana gelmesinde ve sona ermesinde devletin katılımını öngörmeyen evliliğin, devletin müdahalesini gerektiren bazı hukuki sonuçlar doğurduğu açıktır. Karı koca arasındaki birliktelikten doğan çocuklar üzerindeki hâkimiyet, miras, eşler arasındaki mal ilişkileri (*dos* rejimi<sup>5</sup> ve eşler arasındaki bağışlamalar gibi) ve sadakat borcu gibi konular sebebiyle evlilik, Romalı hukukçular tarafından ayrıntısıyla incelenen ve zamanla devletin müdahalesini gerektiren bir kurum halini almıştır . Aslında özellikle ilk zamanlarda Roma ailesine hâkim olan ve bu nedenle evlenme kurumunun önemini ikinci dereceye düşüren ve hatta onu kuvvetli şekilde sarsan *patria potestas*<sup>6</sup> prensibinin<sup>7</sup> önemli

---

benzemeyen Roma ailesi dış görünüşünü korumakla birlikte bugünkü aile yapısına yakın bir durum kazandı. Umur Z., Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s.169.

<sup>4</sup> *D.23.2.1: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

<sup>5</sup> *Dos* : Kadının ev ihtiyaçlarına katılımını sağlamak için, kadının veya onun yerine başka birisinin, evlenme sebebiyle kocanın mülkiyetine getirdiği mallara verilen isim. Önceleri sözlü akit olan *stipulatio* ile yapılırken, son imparatorluk devrinde şekilsiz *pactum*’larla yapılmaya başlanmıştır. Umur Z., Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1985 (Lügat).

<sup>6</sup> *Patria potestas* : Bir aile reisinin (*pater familias*) aile içindeki kişiler üzerinde sahip olduğu hâkimiyet. Ayrıntılı bilgi için bkz.Gönenç F.İ., Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, s.47-52.

<sup>7</sup> Roma devletinde, aile reisinin, aile fertleri üzerindeki hâkimiyeti üzerine kurulmuş olan aile kurumu imparatorluğun çöküşüne kadar sürmüştü, Roma hukuku bu prensibe neredeyse hiç dokunmamıştır. Bu prensibe *Iustinianus* hukuku devrinde bazı sınırlamalarla da olsa uyulmaktaydı. Aile resinin bu hâkimiyeti hayatı boyunca devam etmekte ve çocuklar prensip olarak hak sahibi olamamakta idiler. Kadınlar ise aileye

sonuçlarından biri de aralarında hâkimiyet ve evlilik bağı bulunanların birbirlerine karşı işledikleri hırsızlıktan (*furtum*) kaynaklanan ceza davasını açamamalarıdır<sup>8</sup>.

*Iustinianus* 'un *Institutiones* 'inde hırsızın şahsındaki özel durumlara değinilirken karı koca arasında işlenmiş hırsızlığa yer verilmemiş<sup>9</sup>; ancak *Digesta* 'da bulunan bir metinde *Gaius*, eşlerin birbirlerine karşı işledikleri hırsızlıklarda, evlilik kurumunun şerefi göz önünde tutularak, *actio furti*<sup>10</sup> 'nin açılmasına izin verilmediğini, belirtmiştir.

*D.25.2.2* : *Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur:*

“Zira evliliğin şerefi doğrultusunda, kadına karşı ayıp, utanç verici dava reddedilir ”

*Paulus* 'un ifade ettiği gibi : *Nerva ve Cassius* gibi bazı hukukçular kocasına ait bir malı çaldığı zaman, kadının hırsızlık yapmadığını düşünmektedirler. Çünkü evlilikteki hayat ortaklığı, kadını bir nevi mâlik yapmıştır. *Sabinus* ve *Proculus* gibi diğer hukukçular ise kadının hırsızlık yaptığını kabul etmektedirler. Ama kanun böyle bir durumda hırsızlık davası (*actio furti*) vermez. *Iulianus* da bu görüştedir<sup>11</sup>. Çünkü kadın kocasının hayatında bir eşi ve bazı hukukçuların düşündüğü gibi, aynı zamanda mallar üzerinde yarı mâlik olarak addedilebilirdi. Kadına yüz kızartıcı bir dava açmak<sup>12</sup> evliliğe duyulan saygı ile tutarlı

---

ilişkin haklarını mutlak olarak kullanamazlardı. Üskül Engin Z.-Karaman B., Roma İmparatorluğu ve Roma Hukukunda Ailenin Toplumsal Temelleri, GÜHFD, Yıl 2006, S.1, s.259-260; Pugliese G., Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış, çev.Ziya Umur, İÜHFM 1957, C.XXII, S.1-4, s.348.

<sup>8</sup> Hırsızlık için bkz. Tahiroğlu B., Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1975, s.155 (Furtum).

<sup>9</sup> Rado T., Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu, İÜHFM'nin 1952 Yılı 1-2. Sayısından ayrı bası, s.38.

<sup>10</sup> *Actio furti* : Hırsızlıktan dolayı hırsıza, suç ortaklarına ve çalınmış malı saklayanlara karşı açılan ceza davası. Umur Z., Lügat.

<sup>11</sup> *D.25.2.1: ... ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est:*

<sup>12</sup> Hırsızlık nedeniyle hırsıza karşı açılan ceza davası sonucunda mahkum olan kişi, aynı zamanda şerefsiz (*infamis*) addedilir. *Infamis* addedilen kişinin ismi, şöhreti, saygınlığı zedelenmiş ve hak ehliyeti kısıtlanmış olur. Bkz.Türkoğlu Özdemir G., Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara 2008 s.28-74.

değildir. Ceza davası niteliğinde olan *actio furti* evliliğin, boşanma veya ölümle sona ermesi halinde bile, eşler veya mirasçılar tarafından açılmaz. Bu nedenle eşler birbirlerine karşı *actio furti* yerine ceza davası niteliğinde olmayan *actio rerum amotarum* (alınıp götürülmüş şeylerin davası) açabilir<sup>13</sup>. Evliliğe duyulan saygı nedeniyle de *actio rerum amotarum*'a konu olan mal “çalınmış” kabul edilmez, daha yumuşak bir söylemle “alınmış” sayılır<sup>14</sup>.

*Actio rerum amotarum*, klasik hukuk devrinden itibaren eşler arasındaki hırsızlıklarda, eşlerden birinin boşanmayı tasarlayarak diğerine ait malı alması durumunda, *praetor*'lar tarafından zarara uğrayan eşe tanınan bir dava olarak kabul edilmiştir.

Özel hukukun her alanında olduğu gibi aile hukuku kapsamında da *praetor*'lar adalet, hakkaniyet düşüncesiyle bazı yeni himaye vasıtalarının Roma hukukuna girmesine neden olmuşlar ve böylelikle hukukun gelişmesini sağlamışlardır. Kadının boşanmayı düşünerek kocasına ait bazı malları alıp götürmesi ve boşanmanın gerçekleşmesi halinde kocaya tanınan *actio rerum amotarum*, *praetor*'ların yeniliklerinden biridir. Evliliğin boşanmaya bağlı sonucu olarak ortaya çıkan bu dava, *ius civile*'nin dava açma imkânı vermediği bir durumda kabul edilmiş bir tazminat davasıdır.

Huvelin, *actio rerum amotarum*'u ilk inceleyen hukukçunun *Ofilius* olduğunu, İmparatorluk devri başlarından itibaren ise, birçok hukukçunun bu davadan bahsetmeye başladığını, belirtir<sup>15</sup>. Nitekim *D.25.2.3.3* ve *D.25.2.3.4* Huvelin'in belirttiği hususları içermektedir.

*D.25.2.3.3*'de, kadının boşanma sırasında herhangi bir sebepten tükettiği, sattığı veya bağışladığı belirtilen tüm malların *actio rerum amotarum*'a dahil olacağını, *Ofilius*'un ifade ettiği, belirtilmektedir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Roby H.J., *Roman Private Law In The Times of Cicero and of the Antonines* Cicero, New Jersey 2000, s.158.

<sup>14</sup> Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Philadelphia 1953, s.344; Honig R., *Roma Hukuku*, çev.Şemseddin Talip, İstanbul 1938, s.175, dn.5.

<sup>15</sup> Huvelin P., *Etudes sur le Furtu dans le très ancien Droit Romain*, C.I, Les Sources, Lyon-Paris 1915, s.620, naklen Tahiroğlu B., *Furtum*, s.157, dn.94.

<sup>16</sup> *D.25.2.3.3* : *Item verum est quod Ofilius ait etiam eas res, quas divortii tempore mulier comederit vendiderit donaverit qualibet ratione consumpserit, rerum amotarum iudicio contineri.*

D.25.2.3.4'de de, kendi aile reisinin hâkimiyeti altındaki gelinin (*filia familias*), kocasına ait malları alıp götürmesi durumunda, *Mela* ve *Fulcinius*'un *peculium*<sup>17</sup> üzerinde bir dava hakkı<sup>18</sup> tanınması gerektiği yönündeki görüşüne yer verilmekte ve bu görüşün dayanağı da açıklanmaktadır: Kızın (gelinin) hırsızlık-tan sorumlu tutulması veya kıza (gelinin) *actio rerum amotarum* 'u yöneltmek uygun düşmez.<sup>19</sup>

Aile hukukuna dahil olan bir konuda mevcut olan bu dava Roma hukuk ilminin yaratmış olduğu *ius gentium*<sup>20</sup> içerisine aile hukukunun asla girmediği

---

*Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari: vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat. Sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.*

<sup>17</sup> *Peculium*: Sermaye anlamına gelmektedir. Efendinin kölesine, aile reisinin aile evlâtlarına kullanması, geliştirmesi ve arttırması için verdiği para, ticari işletme, tarla veya bina bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. Türkoğlu Özdemir G., Roma Hukukunda *Actio De Peculio*, DEÜHFD, C.7, S.2, 2005, s.109-111 (*Actio De Peculio*).

<sup>18</sup> *Manus*'lu evlilik yapmayan *aileni iuris* (kendi aile reisinin hâkimiyeti altında olan) gelinin (*filia familias*), kocasının evinden mal alıp götürmesi durumunda, hâkimiyeti altında bulunduğu aile reisine karşı, kayınpederinin *actio de peculio* açma hakkı tanındığı ifade edilmektedir. Evlilik devam ederken gelin tarafından malın alınıp götürülmesi durumunda zaten ne *actio furti* ne de *actio rerum amotarum* açma imkânı olmadığı gibi (bu husus aşağıda ele alındığı gibi D.25.2.25'de açıkça belirtilmiştir), boşanmadan sonra da bu iki dava geline karşı açılmaz (D.25.2.3.4). *Actio furti*'nin açılmamasının nedeni, boşanmadan sonra da bu davanın açılmasının yasak olması; *actio rerum amotarum*'un açılmamasının nedeni ise gelinin, kendi aile reisinin hâkimiyeti altında olmasından dolayı malvarlığının olmayışıdır. Her iki davayı da açma imkânından yoksun olan kayınpeder ancak gelinin aile reisine karşı, gelinin *peculium*'u dolayısıyla dava açabilir. Hâkimiyet altındaki bir koca, karısının mallarını alıp götürürse, *manus*'suz evlenen ve *aileni iuris* olan gelinler için söylenenler burada da geçerli olacak ve *actio rerum amotarum*, kocaya değil onun aile reisine karşı *peculium* üzerinden açılacaktır (D.25.2.6.2).

<sup>19</sup> D.25.2.3.4 :*Si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari: vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisfactione defendat. Sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.*

<sup>20</sup> *Ius gentium*, “ tüm halkların hukuku ”, “ evrensel hukuk ” anlamına gelen ve hukuki ilişkiye taraf olan kişilerin belli bir kavme dahil olmalarından bağımsız olarak ortaya çıkan kurallardır. Bu kurallar özellikle yabancılar *praetor*'u (*praetor peregrinus*) tarafından ortaya konan kuralları ifade etmektedir. Yabancılar *praetor*'unun getirdiği bu

iddiasının<sup>21</sup> bir anlamda çok da kesin olmadığını bize göstermektedir. Aslında söz konusu dava, aile hukuku ile borçlar hukukunun çakıştığı bir noktada ortaya çıkmıştır. Bu nedenle *ius gentium*’un uğraş alanına dolaylı da olsa “ aile hukuku ” girmiştir, diyebiliriz.

*Actio rerum amotarum*, *ius gentium*’un borçlar hukuku alanındaki etkisini gösteren önemli bir davadır. Bu dava, bize *ius gentium* kurallarının hem özellikle borçlar hukuku alanında ortaya çıktığını hem de aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin diğer hukuk alanlarında ortaya çıkan kurallar dolayısıyla da şekillendiğini ve aile hukukuna ilişkin kuralların zaman içerisinde değişime uğradığını göstermektedir. Diğer bir ifadeyle Roma hukukunda aile hukukundaki düzenlemeler, çoğunlukla aile hukuku alanında doğrudan yapılan değişiklikler ve yeniliklerle değil, başka alanlardaki değişikliklerle yani dolaylı olarak da gerçekleşmiştir. Böylelikle, Roma aile hukuku hakkındaki bilgilerimize bazen hukukun başka alanlarındaki düzenlemelerden yola çıkarak ulaşabilmekteyiz.

## II. *Actio Rerum Amotarum*’un Niteliği, Özellikleri ve Tarafları

### A. *Actio Rerum Amotarum*’un Niteliği ve Özellikleri

*Actio rerum amotarum*, eşlerden birinin boşanmadan önce diğer eşe ait malları alıp götürmesi durumunda, boşanma gerçekleştikten sonra, malları alan eşe karşı açılan bir tazminat davası (*rei persecutoria*)dır<sup>22</sup>.

*Actio rerum amotarum* cezai nitelik taşımamaktadır. Diğer taraftan *actio rerum amotarum*, mallar boşanma düşünülerek (*divortii consilio*) kaçırılmış ve boşanma gerçekleşmişse açılabilir<sup>23</sup>. Eğer kadın kocasının mallarını evlilik devam ederken kaçırmışsa, *actio rerum amotarum*’un açılması mümkün değildir. Yani bu dava boşanma gerçekleşmişse kullanılabilir. Ancak *Marcianus*, evlilik devam ederken kadın malları kaçırmışsa, *condictio*’nun açılabilceğini kabul

---

kurallar Roma vatandaşlarına da uygulandığından ve ortaya konan yenilikler *ius civile*’nin kapsamına alındığından aslında Roma hukukudur. Tahiroğlu B.- Erdoğmuş B., Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.113-115. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emiroğlu E., *Ius Gentium*, Kavimler Hukuku, İstanbul 2007.

<sup>21</sup> Pugliese G., s.341.

<sup>22</sup> Di Marzo S., Roma Hukuku, çev.Ziya Umur, İstanbul 1959, s.192.

<sup>23</sup> Meyer-Spasche Antonie R., Roman Law (The Recovery of Benefits Conferred Under Illegal or Immoral Transactions), Chapter One, University of Aberdeen 2002, s.47.

etmektedir. Çünkü kadın haklı bir sebep olmaksızın malları sahiplenmiştir<sup>24</sup>. *Marcianus, ius gentium*’a bağlı olarak malların, haklı sebep olmaksızın sahiplenilen kişilerden her zaman geri istenebileceğini ifade etmektedir<sup>25</sup>. Bu nedenle *actio rerum amotarum*’u açma koşulu eşlerin boşanmasıdır. Bu koşul yerine gelmemişse eşlerin mallarını geri alması için *condictio* tanınmıştır<sup>26</sup>. *Actio rerum amotarum, condictio furtiva* ile çok benzeşen<sup>27</sup> sebepsiz zenginleşme niteliğinde bir davadır. Nitekim bu husus *Digesta*’da açıkça belirtilmiştir.

*D.25.2.26 : Rerum amotarum actio condictio est :*

“*Actio rerum amotarum* (alıp götürülmüş şeylerin davası), bir *condictio*’dur”.

Kadının hırsızlığı bizzat yapmaması, hırsızlığa yardım etmesi durumunda da kadına yine *actio furti* değil, *actio rerum amotarum* açılır.

*D.47.2.52.2 : Ipsa quoque si opem furti tulit furti non tenebitur. sed rerum amotarum.*

“Kadın hırsızlığa yardım etmişse, *actio furti* değil; ama *actio rerum amotarum* ile sorumludur”<sup>28</sup>.

Aynı bilgiyi içeren diğer bir metinde de kadının boşanma sırasında kocasının evine hırsız alması ve onu malları götürmek için kullanması durumu incelenmiş; kadının malı kendi bizzat alıp götürmemiş olsa dahi, *actio rerum amotarum*’a maruz kalacağı belirtilmiştir. Ayrıca *Labeo*’nun, mallar kadına ulaşmasa bile kadının bu dava ile sorumlu tutulacağı yönündeki görüşünün de doğru olduğu ifade edilmiştir<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Meyer-Spasche Antonie R., s.47.

<sup>25</sup> *D.25.2.25: ... Sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.*

<sup>26</sup> Meyer-Spasche Antonie R., s.49.

<sup>27</sup> Buckland W. W., A Text-Book Of Roman Law From August To Iustinian, Cambridge 1932, s.546.

<sup>28</sup> Türkçe metin Tahiroğlu B., Furtum, s.157, dn96.

<sup>29</sup> *D.25.2.19 : Sed et si divortii tempore fures in domum mariti induxerit et per eos res amoverit, ita ut ipsa non contrectaverit, rerum amotarum iudicio tenebitur. Verum est itaque quod Labeo scripsit uxorem rerum amotarum teneri, etiamsi ad eam res non pervenerit.*

*Praetor*’lar tarafından zarara uğrayan eşe tanınan *actio rerum amotarum*, in *factum*<sup>30</sup> nitelikte bir davadır<sup>31</sup>.

Bir kadın kocasının öleceğini zannederek gizlice onun mallarını alıp götürür ancak kadın kocasından boşanır ve kocası iyileşirse, kocanın kadına karşı açacağı *actio rerum amotarum*, *actio utilis*<sup>32</sup> olarak açılırdı<sup>33</sup>.

Eşler arasındaki hırsızlıklarda *actio furti* açılmamasına rağmen, mal çalınmış mal vasfını yitirmediği için malın zamanaşımı ile kazanılması da mümkün değildir<sup>34</sup>. Yani eşlerden birinin boşanmayı tasarlayarak diğerinin malını alması hırsızlığın özelliklerini<sup>35</sup> taşımakta ve hırsızlığın bazı sonuçları bu durumda uygulama imkânı bulmaktadır. Nitekim *D.25.2.29*’da, alıp götürülmüş malların değerlendirilmesi yapılırken, malların alındığı tarihin göz önünde bulundurulması gerektiği; çünkü kadının aslında hırsızlık yapmış olduğu, buna rağmen hafif bir yaptırımla karşılaştığı belirtildikten sonra; kadının iyiniyetli zilyet olmadığından, alıp götürmüş olduğu malları zamanaşımı yoluyla iktisap (*usucapio*) edemeyeceği ifade edilmiştir<sup>36</sup>.

Eşlerden birinin diğerine ait malları boşanmayı düşünerek alıp götürmesi ve sonradan boşanmanın gerçekleşmesi durumunda, malları alıp götüreren eşin

<sup>30</sup> *Actiones in factum conceptae* : *Ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmayıp *praetor*’un korunmasını hakkaniyete uygun bulunduğu *praetor* davalarına verilen isim. Bu davalarda sadece *praetor*’un korumak istediği maddi olay belirtilir, hâkimin davalıyı mahkûm etmesi veya beraat ettirmesi için kendisine yetki veren sözler eklenirdi. Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1982, s.601-603 (Roma Hukuku, Tarihi Giriş).

<sup>31</sup> Türkoğlu Özdemir G., *Actio De Peculio*, s.116-117, dn.49.

<sup>32</sup> *Actio utilis* : Mevcut bir *ius civile* davasının ve bazen bir *praetor* davasının, uygulama alanını genişletmek suretiyle, benzeri halleri kapsamaya şeklinde ortaya çıkan dava. Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş, s.603.

*Actio rerum amotarum*, kadının “boşanmayı düşünerek” kocasının mallarını alıp götürmesi durumunda açılırken; burada kadın “kocasının öleceğini düşünerek” kocasının mallarını alıp götürdüğünden, *actio rerum amotarum* uygulama alanı genişletilerek açılmaktadır.

<sup>33</sup> *D.25.2.21 pr.* : *Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus divortisset, si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.*

<sup>34</sup> Tahiroğlu B., *Furtum*, s.156.

<sup>35</sup> Roby H.J., s.158.

<sup>36</sup> *D.25.2.29* : *Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet: nam veritate furtum fit, et si lenius coercetur mulier. Quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur:*



evliliğin sadakatine ihanet ettiği açıktır. Bu nedenle Roma hukukunda zarar gören eşin açtığı *actio rerum amotarum*, kadının zina (*adulterium*)<sup>37</sup> ile suçlandığı davadan, kocanın şikayeti bakımından farklı görülmemiştir<sup>38</sup>.

## B. Actio Rerum Amotarum'da Taraflar

### 1. Eşlerin Davacı veya Davalı Olması :

*Actio rerum amotarum*'u konu alan *Digesta* metinlerine baktığımızda genellikle bu davanın koca tarafından kadına karşı açıldığı hususu vurgulanmıştır.

D.25.2.1'de "alıp götürülmüş şeyler" için dava yetkisinin, hırsızlıktan dolayı kendisine karşı ceza davası açılmadığından, eskiden evli olan kadına karşı, özellikle çıkartıldığı, belirtilir<sup>39</sup>. Bu durum bize, *actio rerum amotarum*'un önceleri sadece kocayı himaye eden bir dava olarak ortaya çıktığını daha sonra özellikle de *manus*'suz evlenmelerin yaygınlaşmaya başlaması<sup>40</sup> ve kadının *sui iuris* olması durumunda üzerinde tasarruf edebileceği malvarlığına sahip olması nedeniyle kadınlar lehine de tanındığını göstermektedir. Gerçekten de bu dava boşanma sırasında kadından çalınan mallar için de kocasını sorumlu tutmak amacıyla genişletilmiştir<sup>41</sup>. Yani kadın da kendisine ait malları çalma kastı olan kocasına karşı *actio rerum amotarum* açabilmiştir. Bu husus *Digesta*'da üç farklı metinde açıkça belirtilmiştir.

D.25.2.6.2 : *Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium: si filius familias maritus sit, utrum de peculio an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus, quae de filia familias diximus.*

"Alıp götürülmüş şeylerin davası bir kocaya da açılabilir. Eğer koca (hâkimiyet altında) aile evladı ise, dava ona mı yoksa *de peculio* olarak mı açılır? (Hâkimiyet altındaki) kız çocukları için söylediklerimizi aynı şekilde yineleriz".

<sup>37</sup> *Adulterium* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tamer D., s.173-182.

<sup>38</sup> D.25.2.27 *Rerum amotarum actio ob adulterii crimen, quo mulier postulata est, non differtur.*

<sup>39</sup> D.25.2.1 : *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse...*

<sup>40</sup> *Manus*'lu evlenme söz konusu ise, kadın malı olmadığı için hırsızlık mağduru olamıyor ve kocasının malını çaldığında, babasının malını çalmış kız durumunda kabul ediliyordu.

<sup>41</sup> Roby H.J., s.159.

*D. 25.2.7 : Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum et compensare potest mulier cum actione, qua maritus agere vult ob res amotas.*

“Bir kadının da kocasına karşı *actio rerum amotarum* açma yetkisi vardır ve bu davasında kocasının kanunsuzca çıkartıldığını iddia ettiği mallara karşı iddiada bulunabilir”.

*D.25.2.11 pr.: Marcellus libro octavo digestorum scribit, sive vir uxorem sive uxor virum domo expulit et res amoverunt, rerum amotarum teneri.*

“*Digesta* (eserinin) sekizinci kitabında *Marcellus*’un yazdığına göre, koca kadını veya kadın kocayı evden kovarsa ve malları kaçırırsa, alıp götürülmüş şeylerin (davası) baki kalacaktır”.

Ancak kadının, kocasına karşı bu davayı açabilmesi için *manus* altında olmaması gerekmektedir. Çünkü *manus*<sup>42</sup> altındaki kadının herhangi bir malvarlığı yoktur. *Manus*’lu evlilik yapan kadının evlilik sırasında *sui iuris* olması halinde, tüm malvarlığı kocaya ya da kocanın ailesine bir daha dönmeyecek şekilde geçmektedir<sup>43</sup>. Kadının *manus*’lu evlilik<sup>44</sup> yapması, malvarlığının kadının ailesi tarafından kaybedilmesi anlamına geliyordu<sup>45</sup>. *Manus*’lu evlenmeyle kadın, kocasının veya kocası hâkimiyet altında ise, kocasının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altına girmiştir. Roma toplumunda kadın, *manus* altına girdiğinde artık kendi ailesi ile arasında hiçbir hukuki bağ kalmamakta ve kocasının evinde yeni bir dinî birliğe dahil olmakta idi. Böylelikle kadın, kocasının toplum içerisindeki sosyal mevkiine ve hayatına iştirak etmiş oluyordu. *Manus*’lu evliliklerin kadın bakımından getirdiği ağır ve sakıncalı sonuçlar Cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren *manus*’suz evliliklerin yaygınlaşmasına ve zamanla *ma-*

<sup>42</sup> *Manus* kelime olarak “el”, dolayısıyla hâkimiyet anlamına gelir. Eski devirlerde aile reisinin aile evlatları, köleler ve *in mancipio*’lar (başkaları tarafından satılmış aile evlatları ve suçtan dolayı teslim edilmiş aile evlatları) üzerindeki mutlak hâkimiyeti gösterirdi. Sonraları *manus*, üç şekilde (*confarreatio*, *coemptio* ve *usus*) gerçekleşen *conventio in manum* muamelelerinden birisini yaparak evlenmiş olan bir kadının üzerinde kocasının veya kocası hâkimiyet altında ise onun aile reisinin hâkimiyetini gösteren bir tabir olarak kabul edilmiştir. Umut Z., Lügat.

<sup>43</sup> Selek H., Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi, İzmir Barosu Dergisi 1936, s.229.

<sup>44</sup> Roma toplumunda genellikle *manus*’lu (*cum manu*) *manus*’suz (*sine manu*) evlilik olarak nitelendirme geleneği olmakla beraber, evliliğin karşılıklı rıza (*consensus*) ile meydana geldiği ve devam ettiği kabul edildiğinde, *manus*’lu evlilikten, evlilikle beraber kadının kocasının veya onun aile reisinin hâkimiyeti altında olduğu anlaşılmaktadır. Gönenç F.İ., s.64.

<sup>45</sup> Gardner J., Women In Roman Law and Society, London 1986, s.21.

nus'lu evliliklerin ortadan kalkmasına neden olmuştur<sup>46</sup>. İmparatorluk devrinde *manus*'lu evlilikler ortadan kalkınca kocanın karısı üzerinde hiçbir hakkı kalmamış, eşler tam bir bağımsızlık ve eşitlik içinde yaşamışlardır<sup>47</sup>.

İmparatorluk devrinde özellikle *sui iuris* evli kadının *manus* altında olmasının bir sonucu kendi mallarının mâliki olarak kalmasıdır. Gerçi kadın *sui iuris* ise bizzat kendisi, *alieni iuris* ise aile reisi tarafından kocaya *dos* verilirdi. Kadının mülkiyet hakkına sahip olduğu mallar kapsamına, *dos* kapsamında yer alan mallar girmemekteydi. *Dos* dışında yer alan mallar; kadının evlenirken sahip olduğu mallar, evlendikten sonra edindiği mallar, evliliği sırasındaki bağışlamalardan veya miraslardan elde ettikleridir<sup>48</sup>. Bu mallara “*paraferna*”<sup>49</sup> denirdi. *Paraferna*, kadının giysi ve mücevherleri gibi kişisel kullanımında olan mallar, para, şahsen kullanmak için kocasının evine getirdiği köleler gibi *dos* kapsamında yer almayan her türlü mal olabilmekteydi. *Paraferna* bir anlamda kadının *peculium*'uydu<sup>50</sup>. Bir mal, Yunanlıların *parapherna* (paraferna) ve Galyalıların *peculium* dedikleri şekilde kocaya verildiğinde, eğer kocanın olacağı niyetiyle verilmişse, bu mallar derhal kocanın olur ve eğer evlilik sona ererse

<sup>46</sup> Aslında *manus*'suz evliliklerin de sakıncaları vardır. Kadın ile bu evlilikten doğan çocukları ve kocası arasında hâkimiyet esasına dayanan hısımlık (*agnatio*) yoktur; ancak daha sonra anne ile çocukları ile arasında kan hısımlığı (*cognatio*) kabul edilmiştir. Çünkü çocuklar ve anneleri farklı kişilerin hâkimiyeti altındadırlar. Evlenme sırasında *sui iuris* olmayan kadın kendi aile reisinin, çocuklar ise babalarının ya da babalarının tâbi olduğu aile reisinin hâkimiyeti altındadırlar. Durum böyle olunca anne ile çocuklar birbirlerine mirasçı olamazlar. Kadının kocası ve çocukları ile arasında mevcut olan bağ her iki aile reisi tarafından kolaylıkla çözülebilecek niteliktedir. Nitekim eşler ne kadar birbirlerine bağlı olurlarsa olsunlar aralarında uyumsuzluk çıkan aile reislerinin eşleri birbirlerinden ayırdıkları sıklıkla başvurulan bir yoldur.

<sup>47</sup> Gaudemet J., Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, çev.Bülent Tahiroğlu, İÜHFMDHAD S.9 1972'den ayrı basım., s.214.

<sup>48</sup> Gaudemet J., s.227.

<sup>49</sup> *Paraferna*, *manus* altına giremeden evlenen *sui iuris* kadına evlenmesi sebebiyle verilen ve onun tarafından kullanılabilen malları ifade ettiği gibi, genellikle *dos* dışında kalan ve kadın tarafından istenildiği gibi kullanılabilen malları da ifade eder. M.Ö. 169 yılında *dos* dışı bırakılmış ve kadın tarafından kullanılan mallara “*bona recepticia*” denmekte idi. Bu malların sadece semeresini alabilen koca, bu semereyi karısına vermek ya da evin masraflarına kullanmak zorundaydı. Klasik sonrası hukuk devrinde *dos* dışında kalan bu mallar, evlilik masraflarını karşılamak için kadın tarafından yapılan bir yardım şeklinde kabul edilmeye başlandı ve bu mallar kadın itiraz etmediği sürece kocayla ortakı. Ayiter K., Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1963, s.39-40; Di Marzo S., s.212; Umur Z., Lügat, *Parapherna*.

<sup>50</sup> Di Marzo S., s.212; Berger A., s.617.

kadın bunu kendi mülküymüş gibi cihaz sebebiyle bir dava ile geri alamaz, bu dava yerine sebepsiz zenginleşme davası (*condictio*) açabilirdi.

Roma'da genellikle kadın, kocasının evinde kullanacaklarının ve cihazın bir parçası olmayan malların bir listesini yapar ve koca bu malları aldığına dair listeyi imzalardı. Kadın eve getirdiği ve listelediği malların sahibi olmaya devam eder, bu mallar kocaya ait olmazdı. Karı koca, mülkiyetin kocaya geçmesi yerine kadının getirdiklerini belirleyip, bir ayrılık sırasında kimin neyi alacağını tespit etmek için bu işlemi yaparlardı<sup>51</sup>. *Paraferna* olarak nitelendirilen mallar klasik hukuk devrinde ve klasik sonrası hukuk devrinde dahi kocanın mülkiyetine dahil kabul edilmemişlerdir<sup>52</sup>. Kadının bu malları idare ve serbest kullanma yetkisi olmakla beraber, çoğunlukla malları koca idare ederdi<sup>53</sup>. Bu malları kendi mülkü imiş gibi idare eden ve karısı adına gereken davaları açan koca, davalarda kendisi taraf olarak görünürdü. Koca genellikle bu malların korunması için sorumluluk hissedirdi. Nitekim, koca malları idare ederken *culpa in concreto*<sup>54</sup> ölçüsüne göre sorumlu kabul edilirdi<sup>55</sup>. *Ulpianus*, kocanın genellikle mallara nezaret etmeyi taahhüt ettiğini söyler<sup>56</sup>. Bu mallara mâlik olmayan koca evliliğin sona ermesiyle birlikte bu malları kadına iade etmek borcu altındadır<sup>57</sup>. Bu mal-

<sup>51</sup> D.23.3.9.3 : *Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci paraferna dicunt quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti. Et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condicti, nec dotis actione peti, ut divus*

*Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt. Plane si rerum libellus marito detur, ut romae volgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus. Et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur:...*

<sup>52</sup> Buckland W. W., s.107; Ayiter K., s.40.

<sup>53</sup> Gaudemet J., s.227.

<sup>54</sup> *Culpa in concreto* : Somut ölçü dikkate alınarak varlığı tespit edilen ihmal. Burada, kocanın, karısına ait malları idare ederken gösterdiği dikkat ve ihtimam, kendi işlerinde genellikle gösterdiği dikkat ve ihtimamla karşılaştırarak, ihmalin varlığına veya yokluğuna hükmedilirdi. Umur Z., Lügat.

<sup>55</sup> Ayiter K., s.40.

<sup>56</sup> D.23.3.9.3 :...*et plerumque custodiam earum maritus repromittit...*: “genellikle koca onlara nezaret edeceğini vaadeder”.

<sup>57</sup> Di Marzo S., s.212.

lar koca tarafından kadına iade edilmezse, kadın bunları geri almak için hukuki imkâna sahiptir. Ancak kadın bu durumda malların geri verilmesini *dos* kapsamında verilen mallara ilişkin dava (*actio rei uxoriae*) ile isteyemezdi<sup>58</sup>.

*Ulpianus*, evliliğin son bulmasında kadının vedia aktinden mi yoksa vekalet aktinden mi doğan davayı açacağını tartışmakta ve nezaret sorumluluğu kapsamında vedia ya da vekalet aktinden doğan davaları açabileceğini belirtmektedir. Ancak koca bu malları kendine ayırmak için tutuyorsa, geri vermekten kaçınıyorsa, bazı hukukçuların belirttiği gibi “kocanın malları çalma kastı varsa”<sup>59</sup> *actio rerum amotarum*; aksi halde *ad exhibendum*<sup>60</sup> dava açılabilir<sup>61</sup>.

*Pedius*’a göre, bir kadının kölesi, sahibesi boşanmayı düşünüyor diye, onun talimatlarıyla kocasının mallarını alıp götürürse; köle hırsızlık yapmış sayılmaz. Çünkü bundan bir kâr sağlamış değildir. Her ne kadar bir köle, efendisi ona bir suç işlemesini emretmişse, köle bunu yapmamalı da olsa; kadın kendisi hırsızlık yapmadığı için, köle de hırsızlığa yardım etmiş sayılmaz. Ancak yine de kadına karşı *actio rerum amotarum* açılır<sup>62</sup>.

## 2. Eşler Dışındaki Kişilerin Davacı veya Davalı Olması

*Actio rerum amotarum*’da eşler dışında başka kişiler de davacı veya davalı olabilir. Nitekim *Digesta*’nın pek çok metninde bu konu üzerinde durulmuştur.

Kayınpeder gelinin boşanma sebebiyle alıp götürmüş olduğu mallar için hırsızlıktan doğan ceza davasını (*actio furti*) açamaz<sup>63</sup>. Ancak, *Atilicius* ve *Ful-*

<sup>58</sup> Di Marzo S., s.212.

<sup>59</sup> Gaudemet J., s.227.

<sup>60</sup> *Actio ad exhibendum* : İstihkak davası ve *noxa* davalara hazırlık niteliğinde olmak üzere, uyuşmazlığa konu olan taşınır malın, zilyet tarafından *magistra* önünde arz edilerek ortaya çıkarılmasını sağlayan şahsi, *ius civile* davası. Mal kendisinde olduğu halde hileli şekilde malı ortaya çıkarmayan davalıya karşı açılan davadır. Umur Z., Lügat, *Actio ad exhibendum, exhibere*.

<sup>61</sup> D.23.3.9.3 :...*Videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. Et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas connisus est.*

<sup>62</sup> D.25.2.21.1

<sup>63</sup> D.25.2.6.1 : *Socerum ob res divortii causa amotas furti agere non posse.*

*cinus*'a göre; *dos*, hâkimiyet altındaki erkek çocuğa (*filius familias*) verildiğinde, kayınpeder *actio rerum amotarum*'u gelinine karşı açabilirdi<sup>64</sup>.

Bir kadın eş, gelin veya erkek torunun eşi; kocadan, kayınpederden veya kocanın dedesinden mal çalabilir; ancak hâkimiyet altındaki erkek çocuk baba hâkimiyetinden çıkarılmadığı (*emancipatio*)<sup>65</sup> sürece; eş, gelin veya erkek torunun eşi hırsızlıktan sorumlu olmazlar. Ancak erkek çocuk hâkimiyetten çıkartılırsa, gelin kayınpederinden mal çaldığında *actio furti* ile sorumlu tutulur<sup>66</sup>. Artık bu durumda *actio rerum amotarum*'dan bahsedilemez.

Bir kadın, kocasının ölüm ihtimaliyle onun mallarını alıp götürürse, adam öldüğünde; adamın mirasçısı, alıp götürülen her şeyi *hereditatis petitio*<sup>67</sup> veya *ad exhibendum* davasıyla geri alabilir<sup>68</sup>.

Malları karısı tarafından alıp götürülen koca, karısından boşandıktan sonra ölürse; onun mirasçısı, kadına karşı *actio rerum amotarum* açabilir<sup>69</sup>. Kocanın mirasçısının açacağı bu dava, malları alıp götürülen kocanın karısına karşı olabileceği gibi kadının mirasçısına karşı da olabilir<sup>70</sup>.

*Proculus*'a göre, *manus*'suz evlenen *alieni suris* kızın ölümü halinde, babasına karşı, alıp götürülmüş mallardan dolayı zenginleşmediyse *actio rerum amotarum* açılmaz<sup>71</sup>. Ancak *Papinianus*'un da belirttiği gibi; *manus*'suz evlilik

<sup>64</sup> D.25.2.6 pr.: *Contra nurum quoque socero hoc iudicium dandum Atilicinus et Fulcinius aiunt, quotiens filio familias dos data est:*

<sup>65</sup> *Emancipatio* : Baba hâkimiyetinde bulunan bir *alieni iuris*'i hâkimiyetten çıkararak *sui iuris* hale getirmek için yapılan muameleye verilen isim. Muamelenin içeriği hakkında bkz. Umur Z., Lügat.

<sup>66</sup> D.25.2.15 : *Uxor et nurus et pronurus viro et socero et prosocero furtum facere possunt, furti autem non tenentur, nisi forte emancipatus sit filius: tunc enim nurus patri eius et furtum facit et furti tenetur.*

<sup>67</sup> *Hereditatis petitio*: Mirasçıya, mirasçılık sıfatıyla verilen ve bu sıfatın kendisine sağladığı herhangi bir hakkı talep etmesine yarayan *ius civile* davası: Miras sebebiyle istihkak davası. Umur Z., Lügat.

<sup>68</sup> D.25.2.22.1 : *Si mulier motris causa res amoverit, deinde mortuus esset maritus, hereditatis petitione vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est.*

<sup>69</sup> D.25.2.6.3: *Si post divortium maritus decesserit, heres eius rerum amotarum iudicio uti potest.*

<sup>70</sup> D.25.2.6.4: *Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut conditionis nomine ex causa furtiva*

<sup>71</sup> D.25.2.3.4 :...*Sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.*

yapan ve aile reisinin (babasının) hâkimiyeti altında bulunan kadının ölümü halinde, kızının hayatı boyunca kocasının evinden alıp götürmüş olduğu mallardan edindiği ne varsa, onun babasına karşı *actio rerum amotarum* 'un *actio utilis* olarak açılması mümkündür<sup>72</sup>.

Kocasının evinden mal alıp götüren kadının ölümü halinde, kadının mirasçısı *condictio furtiva*<sup>73</sup> ile sorumlu olduğu gibi, *actio rerum amotarum* çerçevesinde de sorumlu tutulabilir<sup>74</sup>.

### C. *Actio Rerum Amotarum* ' un Açılmadığı Durumlar

Karısının mallarını alıp götüren koca, hâkimiyet altında bir aile evladı (*filius familias*) ise, kadın davayı kocasına karşı açamaz. Nasıl ki gelinlerin aile evladı olması durumunda, kayınpeder *actio rerum amotarum* 'u geline karşı açamıyorsa, malları alıp götürülen *sui iuris* gelin de *actio rerum amotarum* 'u kayınpederine karşı yöneltemeyecek, kayınpedere karşı *peculium* üzerinden dava açabilecektir<sup>75</sup>.

*Manus* 'suz evlilik yapan ve kendi aile reisinin hâkimiyeti altında bulunan gelin, daha önceden kocasının evinden mal alıp götürmüşse; *Proculus* 'a göre, gelinin ölümü halinde, aile reisi kızının getirdiği maldan dolayı zenginleşmediği sürece, *actio rerum amotarum*, gelinin babasına açılmamalıdır<sup>76</sup>.

Evlilik sona erdikten sonra kadına karşı *actio rerum amotarum* açılmışsa, evliliğin yeniden kurulması durumunda dava konusuz kalacağından, dava ortadan kalkacaktır<sup>77</sup>.

Evliliğin boşanma ile değil de kocanın ölümüyle son bulması durumunda, kocanın mirasçısı kocasının evinden malları alıp götüren kadına karşı *actio rerum amotarum* açamaz. Bu durumda kocanın mirasçısı kadına karşı ya *heredita-*

<sup>72</sup> D.25.2.5 : *Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili iudicio petendum est.*

<sup>73</sup> *Condictio furtiva* : Rızası hilafına malı çalınan kimsenin, hırsıza veya hırsızın mirasçısına karşı açabileceği tazminat davası.

<sup>74</sup> D.25.2.6.4. Bkz.dn.70.

<sup>75</sup> D.25.2.6.2 : ... *si filius familias maritus sit, utrum de peculio an in ipsum actio dari debeat? Eadem repetemus, quae de filia familias diximus.*

<sup>76</sup> D.25.2.3.4 Bkz. dn.71.

<sup>77</sup> D.25.2.30 : *Cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio solvitur iudicium.*

*tis petitio*<sup>78</sup> ya da *ad exhibendum* dava açabilir. *Paulus* 'a göre, *Aristo* çok da yerinde olarak, malları alıp götürən kadın haklı sebebe dayanmaksızın malları hâkimiyetinde bulundurduğu için ona karşı *condictio* verilebileceğini düşünür<sup>79</sup>. Ayrıca kadın kocasının ölümünden sonra, kocasına ait malları alıp götürmüşse, hırsızlık yapmış değildir. Çünkü henüz kimseye ait olmayan bir terekeye dahil olan mallar (*res hereditariae*) çalınmazdı. Yani mirasçı, ancak malların kendisine ait olduğu gerekçesiyle istihkak (*rei vindicatio*) veya *hereditatis petitio* açabilir<sup>80</sup>. Bu durumda kadının çalma kastından bahsedilmediğinden, kadına karşı *actio rerum amotarum* açılmayacaktır.

*Paulus*, kadın kocasının mirasçısı olduğu birinden veya kocasından evlilikten önce veya evlilik devam ederken çalmışsa; kadının, çalıp mağdur ettiği kişinin varisi kadına karşı *actio furti* açabilir. Ancak her iki durumda da kişilere duyulan saygıdan, *actio furti* yerine, hırsızlık sebebiyle açılan *condictio furtiva* 'nın uygun olacağı görüşündedir<sup>81</sup>. *Marcianus* 'un görüşü de *Paulus* ile örtüşmektedir : Ona göre kadın, kocasının mallarını evlilik devam ederken alıp götürmüşse, *actio rerum amotarum* değil, *condictio* açılır<sup>82</sup>.

Bir *concubina* (metres)<sup>83</sup> birlikte yaşadığı erkeğe ait mal götürdüğünde, onu hırsızlıktan sorumlu tutabiliriz. Evlilik olmadan bir erkekle birlikte yaşayan kadına karşı *actio rerum amotarum* açılmaz. Aynı şekilde bir evlilik ne zaman geçersiz olursa (vesayet altındaki bir çocuğun vasisiyle evlenmesi gibi veya

<sup>78</sup> *Hereditatis petitio* : Miras sebebiyle açılan istihkak davası. Davacı mirasçı olduğunu ispat ederek müteveffaya ait malların kendisine verilmesini ve müteveffaya ait alacakların kendisine ödenmesini talep ederdi. Umur Z., Lügat.

<sup>79</sup> D.25.2.6.5 : *Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essentiarum*

<sup>80</sup> D.25.2.6.6 : *Quod si mortuo viro amoverit, non facit furtum, quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum: ideoque aut vindicari poterunt aut in hereditatis petitionem venient.*

<sup>81</sup> D.25.2.3.2 : *Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei cui heredes simus furtum fecit, vel nobis antequam nuberet: tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum conditionem competere, non etiam furti actionem dicimus.*

<sup>82</sup> D.25.2.25 bkz.dn.18, 25.

<sup>83</sup> *Concubinatus* için bkz.İpek N., *Concubinatus*, YÜHFD, C.V., S.2, 2008, s.15-37.



evliliğin yasalara aykırı gerçekleşmesi gibi) *actio rerum amotarum* açılmaz. Çünkü bu durumlarda *actio furti* açılır<sup>84</sup>.

#### D. *Actio Rerum Amotarum* 'un Diğer Davalarla Yarışması

Koca, kadının alıp götürdüğü mal kendisinin veya kendisine *dos* kapsamında verilen mal da olsa, karısına karşı *actio rerum amotarum* yerine istihkak davası (*rei vindicatio*) veya *condictio* 'yu açmayı tercih edebilir. Hangi davayı açacağı kocanın isteğine kalmıştır<sup>85</sup>. Bu davaların (*rei vindicatio*, *actio rerum amotarum*, *condictio*) birlikte kabul edilmesi mümkün değildir.

*Paulus* 'a göre; kadının, kocasına teminat (rehin) olarak bırakılan malları alıp götürmesi durumunda, malın mâlikinin *condictio*; kadının kocasının ise *actio rerum amotarum* açma imkânı vardır: Ancak kadına karşı ikisinden biri dava açabilir<sup>86</sup>.

### III. *Actio Rerum Amotarum* 'un Konusu ve Kapsamı

Alıp götürülmüş mallar dendiğinde sadece kadının “boşanırken sahip olmaya karar verdikleri” değil, aynı zamanda “evliyken hâlâ alıp götürdükleri” anlaşılmaktadır<sup>87</sup>. Ayrıca *Iulianus* 'a göre *actio rerum amotarum*, sadece varolan malları değil, zamanla yok olan malları da kapsar. Kadın daha önce alıp götürmüş ve saklamış olmasına rağmen, daha sonra mallar üzerinde tasarrufta bulunmuşsa, bu mallar da koca tarafından talep edilebilecektir. Kadının mallar üzerinde tasarrufta bulunmuş olması durumunda belli bir miktara ilişkin olarak sebep-siz zenginleşme talebinde bulunulabilir<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> D.25.2.17 pr. : *Si concubina res amoverit, hoc iure utimur, ut furti teneatur: consequenter dicemus, ubicumque cessat matrimonium, ut puta in ea, quae tutori suo nupsit vel contra mandata convenit vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem, quia competit furti.*

<sup>85</sup> D.25.2.24 : *Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotaes tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit, et in potestate est, qua velit actione uti.*

<sup>86</sup> D.25.2.18 : *Sed et domino condictio competit. Sed alterutri agere permittendum est.*

<sup>87</sup> D.25.2.17.1 : *Divortii causa res amotas dicimus non solum eas, quas mulier amovit, cum divortii consilium inisset, sed etiam eas quas nupta amoverit, si, cum discederet, eas celaverit.*

<sup>88</sup> D.25.2.17.2 : *Non solum eas res, quae exstant, in rerum amotarum iudicium venire Iulianus ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt: simili modo etiam certi condici eas posse ait.*

Kadın, kocasına rehin olarak bırakılan malları da alıp götürmüşse, aynı şekilde bu hareketinden dolayı sorumlu olacak, yani bu mallar da davanın konusunu oluşturacaktır<sup>89</sup>.

Mallar karısı tarafından alıp götürülen adam, eğer bir menfaat kaybetmişse, bu husus da dikkate alınmalıdır<sup>90</sup>. Dava haksız fiilden doğsa bile, tazminat davası niteliğinde olduğundan<sup>91</sup>, tazminat miktarı hesaplanırken mallardaki artış da dikkate alınmalıdır. Ayrıca semereler de hesaba katılmalıdır<sup>92</sup>.

*Actio rerum amotarum*, genellikle *dos*'un geri alınmasında uygulanabilen indirimlerin tespit edilmesinde kullanılan davalardan biridir<sup>93</sup>. Boşanma veya ölüm halinde *dos*'u iade etmek yükümlülüğünde olan koca, *dos*'u iade ederken, *dos* ile bağlantılı masraflar yanında başka bir takım indirimler de yapar. Bu indirilecekler kapsamında, kocaya ait olup kadın tarafından alınıp götürülen mallar da yer almaktadır. *Actio rerum amotarum* sonucunda ortaya çıkacak mahkûmiyet bu açıdan önem taşımaktadır. Nitekim *Paulus*, her ne kadar sonradan bir *dos*'un kadına iadesini içeren *actio dotis* açılabilir olsa da, zararları karşılamak için *actio rerum amotarum*'un açılacağını, belirtir<sup>94</sup>. Çünkü bu zararlar, iade edilecek *dos* miktarından indirilecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bir haksız fiilden doğmasına rağmen tazminat davası niteliğine sahip olan *actio rerum amotarum*, hırsızlık sebebiyle açılan *condictio furtiva*'da olduğu gibi bir yıl geçtikten sonra dahi açılabilir<sup>95</sup>. Mirasçılar için de aynı esas geçerlidir<sup>96</sup>. Ayrıca davalı maddi imkanlarına bakılmaksızın sorumludur. Yani ne kadın ne de kocası bu davada “acz içinde bulduklarını”

<sup>89</sup> D.25.2.17.3 : *Quae viro suo res pignori datas amoverit, hoc iudicio tenebitur:*

<sup>90</sup> D.25.2.21.4 : *Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est.*

<sup>91</sup> Bu husus D.25.2.21.5'de belirtilmiştir.

<sup>92</sup> Buckland W. W., s.578.

<sup>93</sup> Buckland W. W., s.109.

<sup>94</sup> D.25.2.21.3 : *Rerum amotarum actio damnum repraesentat etiam si postea dotis exactio competat.*

<sup>95</sup> Ceza davalarının büyük bir kısmı bir yıl içinde açılabilir. Ancak hırsızlıktan doğan *actio furti* devamlıdır. Tahiroğlu B., *Furtum*, s.128.

D.25.2.21.5 : *Haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva: praeterea et heredibus competit.*

<sup>96</sup> D.25.2.21.5. Bkz.dn.95.

ileri sürerek bu durumdan yararlanamazlar. Çünkü *actio rerum amotarum*, hırsızlığa dayalı bir davadır<sup>97</sup>.

#### **A. Actio Rerum Amotarum Kapsamında Iusiurandum Ad Litem<sup>98</sup>:**

Davanın herhangi bir anında hâkim tarafından bizzat veya taraflardan biri ya da her ikisinin talebi üzerine, davanın taraflarına yemin yöneltilebilir<sup>99</sup>. Yargılamada kendisine yemin yöneltilen taraf, yemin etmek zorundadır.

Alıp götürülmüş şeylerin davasında da (*actio rerum amotarum*), ispat aracı olarak *iusiurandum in litem* kullanılırdı<sup>100</sup>. *Actio rerum amotarum* 'da kadına da eşine de yemin yöneltilmişse, onlar bu yemini etmeye mecburdur<sup>101</sup>. Nitekim *Ulpianus* 'a ait bir metinde, kendisine yemin teklif edilen tarafın yemini reddetmesi durumunda *praetor* 'un buna izin vermeyeceği, belirtilir<sup>102</sup>. Bu metne paralel bir metin de *Paulus* ' a aittir. Söz konusu metinde *Labeo* 'nun görüşüne yer verilmekte; bir kadının yemini reddetmesine izin olmadığı ve bu hususu *edictum* 'un desteklediği, ifade edilmektedir<sup>103</sup>.

Davanın tarafları dışında başka kişilerin yemin etme zorunluluğu yoktur. Mesela malları alıp götüren tarafın babası yemin etmek zorunda değildir. Ayrıca malı alıp götürdüğü iddia edilen kadın veya adamın mirasçısı da yemin etmek

<sup>97</sup> D.25.2.21.6 : *Nec viro nec mulieri prodest in hoc iudicio, si facere non possunt: pendet enim id e x furto.*

<sup>98</sup> *Iusiurandum ad litem* : Formula usulünde iki aşamada (*praetor* önünde ve hâkim önündeki aşama) gerçekleşen yargılamada, hâkim aşamasında, hâkim tarafından davacıya yemin teklif edilmesidir. Davacı bunun üzerine, iadesini istediği malın değerinin ne olduğunu, hakkaniyete uyacağına dair yemin ederek, kendisi takdir ederdi. Umur Z., Lügat.

<sup>99</sup> İki çeşit yemin vardır. Birincisi tarafların birbirlerine yönelttikleri ve davanın bütün sonuçlarının bağlandığı yemin; diğeri ise delillerin yeterli olmaması durumunda hâkimin taraflardan birine yönelttiği yemin. Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş, s.643-644.

<sup>100</sup> Watson A., *Studies in Roman Private Law, Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia*, London 1991, s.223.

<sup>101</sup> D.25.2.11.2 : *Iurare autem tam vir quam uxor coetur...*

<sup>102</sup> D.25.2.11.3 . *Si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, non videtur praetor permisisse.*

<sup>103</sup> D.25.2.13 : *Ideo Labeo scribit mulieri onon esse permittendum referre iusiurandum, et ita edictum ordinatum videtur.*

zorunda değildir. Çünkü birinin bir başkasının davranışı için yemin etmesi âdil değildir. Yemin etmesi gereken kişi, malı alıp götürdüğü iddia edilen kişidir<sup>104</sup>.

İlk yemin eden kişi haksız suçlamalara karşı (kötü niyetle dava açmadığına dair) kendisi yemin ettiği sürece, karşı taraf da boşanma sırasında hiçbir şeyin alınıp götürülmediği yönünde yemin etmek zorunda kalır<sup>105</sup>.

Kendisine karşı *actio rerum amotarum* açılan davalı, davacıya karşı; davacının hırsız olup olmadığını anlamak için de yemin teklif edebilir<sup>106</sup>.

Davacı kocanın veya kadının, malların alıp götürülmesi nedeniyle uğradığı gerçek kaybı tespit etmek ve davalıyı malı iade etmeye zorlamak için de yemine başvurulurdu<sup>107</sup>. Böylelikle hâkim, davacı kocaya veya kadına yemin teklif ederek, iadesini talep ettiği malların değerinin ne olduğunu takdir ettirmektedir<sup>108</sup>. *Sabinianus*'a göre, eğer kadın kocasından alıp götürdüğü malları iade etmezse, kocasının mahkemede yemin ettiği miktar dikkate alınır<sup>109</sup>. Mahkumiyet de alınıp götürülenlerin dört katına ilişkindir<sup>110</sup>.

### B. *Actio Rerum Amotarum* Kapsamında *Beneficium Competentiae*<sup>111</sup>

Eşler arasında cezai nitelikte ve şerefsizlikle sonuçlanan davaları yasaklama eğiliminin genişlediği son imparatorluk devrinde eşlerin mahkûmiyet halinde, malvarlığı oranında (*beneficium competentia*) mahkûm edilme imtiyazından

<sup>104</sup> D.25.2.11.2 : *Pater autem amoventis iurare non cogitur, cum iniquum sit de alieno facto ailum iurare: is ergo cogitur iurare, qui amovisse dicitur. Et idcirco nec heres eius, qui quaeve amovisse dicitur, iurare cogitur.*

<sup>105</sup> D.25.2.11.1 : *Qui rerum amotarum instituit actionem si velit magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius iurare nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret qui iusiurandum defert.*

<sup>106</sup> D.25.2.12 : *non magis quam si quis ei qui furti agat iusiurandum deferat, an ipse fur sit.*

<sup>107</sup> Watson A., s.223.

<sup>108</sup> D.25.2.14 : *De rebus amotis permittendum marito vel uxori de quibusdam rebus iusiurandum deferre, de quibusdam probare.*

<sup>109</sup> D.25.2.8.1 : *Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset.*

<sup>110</sup> D.25.2.16 .....*quamvis alii in quadruplum condemnentur.*

<sup>111</sup> *Beneficium competentia* : Bazı ilişkilerden doğan dava sonucunda, davalının kendi mâli imkânları oranında mahkûm edilmesini ve şahsı üzerindeki icradan kurtulmasını sağlayan bir çeşit def'i. Roma hukukunda birbirine karşı eşler, kayınpederine karşı gelin bu imkâna sahipti.

yararlanacağı kabul edilmiştir<sup>112</sup>. Bu imtiyaz ilk olarak kocaya karşı *actio rerum amotarum*'un açılması durumunda tanınmıştır<sup>113</sup>. *Iustinianus* devrinde ise hakkaniyet esasına dayanarak bu imtiyazın kadın lehine de getirildiği bilinmektedir<sup>114</sup>.

## SONUÇ

Augustus devrine kadar üzerinde herhangi bir hukuki düzenleme yapılmayan aile hukuku, aslında Romalılar tarafından kullanılan bir hukuk dalı olmakla beraber; bugün aile hukuku alanında düzenlenen bir takım kavram ve kurumlar üzerinde Roma Hukukunun iz bıraktığını söyleyebiliriz. Gerçi bu iz borçlar hukuku alanında bırakılan kadar olmasa bile gene de küçümsenmemelidir. Özellikle Romanın rızai nişanlanması, sonuçları; evlat edinmede evlat edinilen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkı, karı koca arasındaki mal ilişkileri, kişisel malvarlıklarının korunması yönündeki düzenlemeler, eşler arasındaki cezai nitelikte sonuçlar doğuran davaları yasaklama düşüncesi bugün modern hukukları etkileyen konulardan birkaçıdır.

Roma hukukunda eşlerden birinin boşanmadan önce diğer eşe ait malları alıp götürmesi durumunda, boşanma gerçekleştikten sonra, malları alan eşe karşı cezai nitelikteki hırsızlık davasının (*actio furti*) açılması engellenirken, tazminat davası niteliğindeki *actio rerum amotarum* 'un açılmasına imkân tanınmıştır. Bu düzenleme bir taraftan hayatın tüm yönlerini paylaşan bir erkekle bir kadının ilahi ve beşeri hukukta müşterek bir hayat için birleşmesi nedeniyle kadının malların idaresinde kocasının ortağı olduğu, diğer taraftan eşlerin kişisel malvarlıklarının korunması gerektiği düşüncesinin bir sonucudur.

---

<sup>112</sup> Gaudemet, s.218

<sup>113</sup> Cihazdan ve *Antoninus Pius*'un emirnamesi gereğince herhangi bir akitten dolayı, kadın tarafından takibe uğrayan kocaya kendi imkanları oranında mahkum edilme imkanı getirilmiştir. Di Marzo S., s.192.

<sup>114</sup> Di Marzo S., s.192.