

Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (concursum actionum) Genel Bir Bakış

An Overview of Concurrence of Actions (concursum actionum) in Roman Law



Ar. Gör. Nilgün DİNÇER ARAZ*

ÖZET

Roma hukukunda, hukuka aykırı bir durum karşısında, bir kimseye birden çok dava hakkı tanınmış olabilirdi. Aynı şekilde, bir dava, birden çok kişi tarafından veya birden çok kişiye karşı açılabilirdi. Hatta bazı durumlarda da, aynı hukuka aykırı davranış karşısında, farklı kişiler tarafından farklı davalar açılmasına da olanak sağlanmıştı. Bu davaların birbiriyle ilişkisinin çözümü, ilk olarak davaların ceza veya tazmin amaçlarına sahip olup olmamasına göre değişirdi. İkinci olarak da, klasik dönem Roma hukukunda, bir davanın *litis contestatio*'su yapıldıktan sonra, *eadem res*'e sahip ikinci dava açılmazdı. Bu durumda dava hakkı ya *ipso iure* ya da *exceptio rei iudicate vel in iudicium deductae* aracılığıyla sona ermiş olurdu. Hukuka aykırı davranışın çözüm tarzına göre, bu davalar hep birlikte açılabilirdiğinde, davaların yığılması söz konusu olurken; bir davanın *litis contestatio*'sunun diğer davayı engelleme si halinde, davaların birbirini tüketerek yarışması söz konusu olurdu.

Anahtar Kelimeler: Roma hukuku, davaların yarışması, *litis contestatio*, *eadem res*, *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

ABSTRACT

Under the Roman law, a person was given the right of multiple litigations against an unlawful situation. Likewise, a lawsuit could be

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

brought by or against more than one person. As a matter of fact, it allowed the situation in which different persons could bring different lawsuits the same unlawful behaviour in some cases. Solution to the relation between these lawsuits changed in accordance firstly with whether the lawsuits have a purpose of penalty or compensation. Secondly under the Roman law, after the *litis contestatio* was established, a second lawsuit that has *eadem res* could not be brought. In this case, the right to bring a lawsuit was terminated via *ipso iure* or *exceptio rei iudicate vel in iudicium deductae*. When these lawsuits could be brought all together, in accordance with the type of solution to the unlawful behaviour, there were cases in which the lawsuits were piled up; and if *litis contestatio* of a lawsuit prevented another lawsuit, it was seen that the lawsuits compete against each other by cleaning out themselves.

Keywords: *Roman law, the concurrence of actions, litis contestatio, eadem res, exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.*

GİRİŞ

Roma hukukunda *actio* (dava) ve *ius* (hak) çok sıkı bir bağlantı içindeydi. Roma hukukunda, haklar, onları koruyan *actio*'lar kapsamında incelendiğinden, ancak dava hakkına sahip olan bir kişi, hak sahibiydi. Roma'da bütün hakların korunmasına yarayan genel bir *actio* bulunmadığından, bir hakkın talep edilebilmesi, ancak ona özel bir dava tanınmasına bağlıydı. Bu nedenle Roma hukuku, hakların korunmasına yarayan farklı birçok davayı içermektedir. Bu davalar ya *ius civile*'ye ya da *ius honorarium*'a dayanırdı. Şöyle ki: kanunların, örf ve adet kurallarının, hukukçuların çalışmalarının, *senatus* kararlarının sadece Roma vatandaşlarına uygulanmasını içeren *ius civile*'ye karşılık, gelişen ve değişen ticari ilişkiler kapsamında yabancılarla yapılan hukuki ilişkiler nedeniyle, korunması gereken birçok hukuki durum meydana gelmişti. *Praetor*'lerin hakkaniyeti sağlamak amacıyla tanıdıkları birçok dava gibi, resmi bir makamın sağladığı hukuki imkânlara giren davalar da, *ius honorarium*'a dayanmaktaydı. İşte sıkı, şekilci kurallara sahip *ius civile* ve daha esnek bir yapıya sahip olan *ius honorarium* kapsamında, birçok ayrı dava bulunmaktaydı¹.

¹ Schwarz, Andreas B. (Çev. Türkan Rado): Roma Hukuku Dersleri, C. I, 7. Bastı, İst. 1965, s. 193, 194; Karadeniz Çelebican, Özcan: Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar,

Bu çalışmamızda, hukuka aykırı bir davranış karşısında, bir kimseye veya birden çok kimseye tanınan dava haklarının birbiriyle nasıl bir ilişki içerisinde olduğu sorununu inceleyeceğiz. Roma hukukunda, hukuka aykırı bir davranış kapsamında bir kimseye hem tazminat amacı hem de ceza amacı güden dava hakları tanındığı gibi, bazen birden çok ceza veya tazminat amacı güden davalar da tanınmaktaydı. Hatta bazen hukuki ilişkinin niteliğine göre, bu haklara, farklı kimseler de sahip olabilmekteydi. İşte adaleti ve hakkaniyeti sağlamaya çalışan hukukçular, birçok hukuki ilişkide, bu kimselerin sahip olduğu dava haklarının birbiriyle nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu açıklamaya çalışmıştır. Bu nedenle, bu konuyla ilgili birçok *Digesta* metni de bulunmaktadır. Bu metinlerde, dava haklarının birbiriyle nasıl bir ilişki içerisinde olduğu, o hukuki ilişkinin türüne göre incelenmiştir. Ayrıca bu metinlerin, ne derece özgün olduğu da tartışmalıdır. Bu nedenle bu çalışmada söz konusu tartışmalara girilmeksizin, her bir dava türüyle ayrı ayrı ilgilenilmeden, dava haklarının birbiriyle ilişkisinin sadece genel bir çerçevesi verilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda, ilkin klasik dönem Roma hukukunda dava haklarının birbiriyle ilişkisi incelenip, sonrasında *Iustinianus* döneminde, bu anlamda nasıl bir değişiklik yapıldığı açıklanmaya çalışılacaktır.

I. DAVALARIN YARIŞMASININ ANLAMI VE TÜRLERİ

A. DAVALARIN YARIŞMASININ ANLAMI

Bir kimse, diğer bir kimseye karşı, hukuka aykırı bir davranış gerçekleştirildiğinde, hukuk düzeni, aralarında sözleşmesel bir ilişki olup olmamasına göre, ona üç farklı şekilde davranır. İlk olarak bir zarar meydana geldiyse, bu zararın giderilmesine çalışılırken, ikinci olarak, bu davranış aynı zamanda bir suç da teşkil ediyorsa, günümüzde devletin tekelinde olan cezalandırma da söz konusu olur. Son olarak genellikle maddi zarara denk gelen, taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminat veya cezai şart miktarının ifa edilmesi sağlanır. Bu üç karşılık verme yolunun birbiriyle nasıl ilişki içerisinde olduğu, yani bu davaların *yığılması veya bir davanın diğerini engellemesi*, günümüz hukukunda

Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onüçüncü Basım 2008, s. 103, 122, 123; Kaser, Max/Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014, s. 44. Bkz. *Cels. D.44.7.51*.

açıklanmış olduğu halde, Roma'da nasıl bir ilişkinin söz konusu olduğu, uzun gelişim aşamalarıyla ortaya konmaya çalışılmıştır².

Roma'da davaların yarışmasıyla ifade edilmek istenen, hukuka aykırı bir davranışla zarar gören kimsenin ona tanınan dava haklarının veya diğer hukuki çarelerin, kümülatif etki gösterip göstermemesine veyahut da bir davanın diğerini sona erdirmesine veya mahkumiyet miktarının mahsubuna dikkat edilmeksizin, hepsinin aynı anda, bir arada bulunmasıdır³.

Davaların yarışması sorunuyla Romalı hukukçular çok defa ilgilenmekteyken⁴, geç klasik dönem hukukçusu *Paulus* da, "*liber singularis de concurrentibus actionibus*" adlı monografisinde bu konuyla ilgilenmişti⁵.

Roma hukukunda bir uyumsuzluk için birden çok dava açılabilmesine olanak verildiği hallerde, bu iki davanın birbiri arasında nasıl bir ilişki içerisinde olacağı sorunu, davaların yarışmasını da beraberinde getirirdi. Zira bir uyumsuzluk için öngörülen iki veya daha çok davanın aynı zamanda açılabilmesi ya da birinin, diğerini ortadan kaldırabilmesi, davaların birbiriyle yarıştığını gösterirdi. Aynı dava konusuyla, aynı hukuki amaca ulaşmak isteyen davacı, birden çok davaya başvurmak istediğinde, ilk davanın *litis contestatio*'su ile ikinci bir davanın açılmaması, dava hakkının *exceptio rei iudicatae vel in iudicium iudicatae* aracılığıyla⁶ veya *ipso iure* tükenmesini⁷, yani ilk davanın *litis contestatio*'su ile aynı dava konusuna sahip, ikinci bir davanın açılmamasını açıklamaktaydı. Ancak aynı uyumsuzluk konusu hakkında, davalıya karşı, iki dava birden açılabilirse, bu durumda davacının tatmini ön planda olup, davaların yığılması söz konusu olurdu⁸.

² **Liebs, Detlef:** Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe, Göttingen 1972, s. 15, 16.

³ **Liebs,** s. 16.

⁴ Örn bkz. *Ulp. D.9.2.5.1; Ulp. D.19.1.10; Ulp. D.44.7.60; Ulp. D.50.17.43.1; Ulp. D.50.17.130; I. 4, 9, 1.*

⁵ **Liebs,** s. 15, 16; **Georgiades, Apostolos:** Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1968, s. 11. Örn. bkz. *Paul. D. 44.7.34; Paul. D. 47.2.90.*

⁶ Bkz. aşa. III, B, 3.

⁷ Bkz. aşa. III, B, 2.

⁸ **Georgiades,** s. 14-16.

Roma'da davaların birbiriyle yarışma problemini çözüme ulaştırmak için, o davanın kapsamı ve görevi göz önünde bulundurulmalıydı. Ne kadar özel ceza, ne kadar maddi zararı karşılıyorsa, bir sonraki davada o miktar talep edilmemeliydi. Zira talep edilmesi, adalete ve hakkaniyete de aykırılık oluştururdu. Bu nedenle, Roma'da bir davanın ne ölçüde maddi zararı kapsar ve amaçlar olduğu çok önemliydi⁹.

B. DAVALARIN YARIŞMASININ TÜRLERİ

1. Dar Anlamda Davaların Yarışması

Dar anlamda davaların yarışması ifadesi, dava taraflarının aynı olmasıyla sınırlıdır. Örneğin aynı davacı aynı davalıya karşı a davasının dışında b davasını da açabiliyorsa, sadece davaların arasında farklılık olduğu görülür. Bu durum da, davaların yarışmasını veya dar anlamda davaların yarışmasını ifade eder¹⁰.

2. Geniş Anlamda Davaların Yarışması

Geniş anlamda davaların yarışması ifadesi, dar anlamda davaların yarışmasını kapsamakla birlikte, aynı davacının, aynı davayı A kişisi dışında B kişisine de açabilmesi halini veyahut da aynı davalıya, aynı davanın, A kişisi dışında, B kişisi tarafından da açılabilmesi halini kapsamaktaydı. O halde bu örnekte, davanın sadece aktif veya pasif taraflarındaki kimselerin farklı olduğu görülmektedir. Bu durumda farklı kişiler değil de, farklı kimselerce açılan davalar birbiriyle yarışmaktadır¹¹.

⁹ Liebs, s. 23.

¹⁰ Levy, Ernst: Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen Römischen Recht, Band I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1918, Berlin 1964, s. 13; Schwind, Fritz: Römische Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes, Wien 1950, s. 118. Örn. Ulp. D. 46.1.5; Ulp. D. 13.5.18.3. Günümüzde alacaklının aynı edimi farklı iki hukuki sebebe dayanarak talep edebileceği durumlarda "hakların yarışması" söz konusudur. Bir kimse aynı hakka sahip olduğu bir mal üzerinde kira hakkına da sahipse, aynı ve şahsi davaların yarışması söz konusu olabilirken; birden çok hukuki ilişki sebebiyle, açabileceği şahsi davaların da yarışması söz konusu olabilir. Bunlardan birinin ifası, diğer alacak hakkını da sona erdirir (von Tuhr, Andreas (Çev. Cevat Edege): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.I-II, 2. Baskı, Ank. 1983, s. 39, 40).

¹¹ Örn bkz. Paul. D. 12.2.28; Scaev. D. 13.1.18; Nerat.-Ulp. D. 47.10.1.9. Levy, bu durumu, kişilerin pasif veya aktif bir şekilde yarışması (passive oder aktive Personenkonkurrenz) olarak tanımlamaktadır (Levy, s. 14).

Geniş anlamda davaların yarışması ifadesi kapsamı içerisine, aynı davacı tarafından A'ya karşı a, B'ye karşı b davası açılması veya aynı davalıya A davacısı tarafından a ve B davacısı tarafından da b davasının açılması da girmektedir. Zira bu durumda davalar arasında ve davanın aktif veya pasif tarafındaki kişilerde de farklılık mevcuttur¹².

Birden çok alacaklının bir borcun tamamını (*in solidum*) talep edebildiği ya da birden çok borçlunun bir borcun tamamından (*in solidum*) sorumlu olduğu halde, davaların veya davacıların sahip olduğu davaların yarışmasından (*Personenkonkurrenz*) bahsedilmektedir. Yoksa alacaklının veya borçlunun, alacağın bir kısmını talep etmesi veya borçlunun borcun bir kısmından sorumlu olduğu halde, davaların yarışması söz konusu değildir^{13 14}.

¹² Örn bkz. *Paul. D. 9.4.24; Ulp. D. 13.5.18.2; Ulp. D. 14.1.1.24; Ulp. D. 14.1.1.25. Levy*, bu durumu, çifte yarışma (*doppelte Konkurrenz*) olarak ifade etmektedir. Karışık gibi gözükken bu durum için bir örnek vermek gerekirse, bir gemide veya handa eşyası kaybolan ya da zara gören bir kimse, *receptum* yapılmışsa, gemi veya han işletene *actio de recepto* açabilir veya gerçek faille karşı da, *furtum* veya *damnum iniuria datum*'a dayanan haksız fiil davasını açabilirdi. Zarar gören hangi tarafa, hangi davayı açacağını seçmeliydi. Bu hususta bkz. *Ulp. D. 47.5.1.3 (Söğütlü Erişgin, Özlem: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ank. 2002, s. 119, 120).*

¹³ *Levy*, s. 21.

¹⁴ Bazen her iki davanın bir olaya uygulanmasında, bu iki dava arasındaki ilişki, davacının isteğine bakılmadan daima soyut olarak düzenlenmişse, davaların yarışmasından söz edilmezdi. Zira bu durumda bir davanın reddi, diğer davanın *litis contestatio*'suna bağlı olmadan, yani usuli nedenlerden değil de, bilakis maddi hukuk kurallarından kaynaklanmaktaydı. Bu durum *actio ad exhibendum* veya *rei vindicatio*, *rei vindicatio* veya *actio communi dividundo* ya da *hereditatis petitio* veya *actio familiae erciscundae*'dan biri açıldığında da geçerli olmakla birlikte, ikinci davanın da açılabilip açılmayacağını bu soruya herhangi bir etkisi yoktur. Zira davacının ikinci davaları açması için, birinci davalar açılmaktaydı. Ancak bu davanın da başarılı bir şekilde açılması, ilk davanın karara bağlanmasına veya diğer objektif durumlara bağlıydı. Rücu davasıyla esas dava arasındaki ilişki de bu duruma benzemektedir. Aynı şekilde belli bir durum hakkında iki dava arasındaki ilişki, genel olarak sadece bir davanın açılmasına izin verilir şekilde düzenlenmişse, davaların yarışmasından bahsedilemezdi. O halde denilebilir ki, sadece iki davanın soyut olarak birlikte bulunmasında değil de, her ikisinin de somut olarak açılabilir olduğunda davaların yarışmasından söz edilebilirdi. Ayrıca bir talebin *actio* olarak tanımlanması, ona hem usuli anlamda *dava formula*'sında hem de maddi anlamda *actio* değeri verilmesinde görülür. Yani ne sadece *dava formula*'sı, ne de sadece talep hakkı ona *actio* olma değeri tanımaz. Buna bağlı olarak, bazı davaların farklı *formula*'ları olabilirdi. Örneğin *actio depositi* önceleri *formula in ius* şeklinde açılabilirken, sonraları *formula in factum concepta* şeklinde açılabilmekteydi. Bu davalar arasında da, yarışma söz konusu olamazdı. Önemle belirtmek gerekir ki, "*birbirleriyle yarışan, taraflar arasındaki borçlar değil de, davalardır.*" Ayrıca bütün kişilerin ya da daha doğru bir ifadeyle kişiler arasındaki davaların (*Personenkonkurrenz*) yarışması durumlarında olduğu gibi, farklı

Davaların (geniş anlamda) yarışması kavramı için birden çok davanın varlığı aranmaktadır. Davaların yarışması öğretisinde, çoğunlukla bu davaların birbiriyle yarışıp yarışmadığı değil de, bilakis birbirleriyle nasıl yarıştığı incelenmektedir¹⁵.

II. TERMİNOLOJİ

Davaların dar anlamda yarışması alanında (*Aktionenkonkurrenz*) ve kişilerin pasif bir şekilde yarışmasında (*passive Personenkonkurrenz*) sık sık rastlanılan kelime *eligere* ve *electio*'dur. *eligere* seçmek, *electio* seçim demektir¹⁶. Seçimlik borç, objektif ve sübjektif seçim yetkisinden bahseden metinlerin çoğunda da bu kelimelerin kullanıldığı görülmektedir¹⁷. Yani bir kimse, iki tane seçilecek şeyden herhangi birini kendi isteğine göre seçmektedir. Bizim konumuz bakımından önemli olan, *eligere* veya *electio*'nun, dava hakkınının *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* aracılığıyla veya *ipso iure* sona ermesine neden olan anlamda kullanılmasıdır. Bu anlamda da, Romalı hukukçular bu terimi, genellikle seçim yükümlülüğü anlamında değil de, seçim hakkı anlamında kullanmışlardır¹⁸. *eligere*'nin dava hakkınının *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* aracılığıyla veya *ipso iure* sona ermesine yol açan kullanımı, *agere*¹⁹=*litem contestari*'nin objesi olduğunda ve yapabilmenin değil de, yapmak zorunda olmanın konusunu oluşturmasından kaynaklanmaktadır²⁰. Zira seçilen davanın *litis contestatio*'suyla birlikte, seçilmemiş olan dava da tükenmiş olacaktır. Bir dava hakkının kullanılarak, aynı dava konusu hakkında bir davanın daha açılmaması yani bir davanın diğerini tüketmesi için kullanılan ifade de "*consumere*" dir²¹.

davalar aynı *formula*'ya sahip olsalar da, temellerinde yatan durumların farklılığı nedeniyle davaların yarışması söz konusu olabilirdi (Levy, s. 14, 21-28).

¹⁵ Levy, 17, 18.

¹⁶ Kabağaç, Sina/ Alova, Erdal: Latince Türkçe Sözlük, İst. 1995, s. 198, 199.

¹⁷ Örn. bkz. *Ulp. D.13.4.2.3*.

¹⁸ *Paul.D.9.4.24; Paul.D.9.4.26.2; Ulp.D.14.1.1.17; Callistr.D.26.7.33.2; Ulp.D.15.1.11.8; Paul.D.17.1.59.3; Paul.D.39.6.35.6; Paul.D. 47.2.89; C. 8. 40. 3 pr.*

¹⁹ *actio* kelimesinin geldiği *agere*, hukuken harekete geçmek, yani *praetor*'e başvurmak anlamındadır (Schwarz, s. 193; Kabağaç/Alova, s. 25).

²⁰ Bkz. *Paul. D. 9.4.26.1; Pomp.-Ulp. D. 14.4.5.1; Ulp.D.14.4.9.1*.

²¹ "*Altera actionum alteram consumit*", "*altera per alteram consumitur*", "*actio consumitur*". "*consumptio*" ifadesinin borcun sona ermesi "*consumere obligationem*" anlamında kullanılması

Kaynaklarda bir davadan bahsedildikten sonra, diğer davanın da uygulanabilir olduğunu belirtmek için *etiam, sed et, praeterea*'nin kullanıldığı görülmektedir. Yine her iki davanın birbiriyle ilişkisini belirtmek için, *et...et, tam...quam, non solum...sed etiam, vel...vel, aut...aut, sive...sive*'nin kullanıldığı görülmektedir²². Ancak bu bağlaçların herhangi bir grup dava yarışması için ayrı ayrı kullanıldığından bahsedilemez. Zira bu bağlaçların geçtiği metinlerin çoğu, davalar arasındaki yarışmanın nasıl olduğundan ziyade, davalar arasındaki yarışmanın olup olmadığından bahseder. Ancak belirtmek gerekir ki, *vel...aut* bağlacı, tıpkı *eligere* gibi, seçim hakkı doğurduğundan, bu bağlacın geçtiği metinlerde hem yarışmadan hem de tükenmeden bahsedildiği görülür²³.

III. KLASİK DÖNEM ROMA HUKUKUNDA DAVALARIN YARIŞMASI

A. KLASİK DÖNEM ROMA YARGILAMA SİSTEMİYLE DAVALARIN YARIŞMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Günümüz hukukunda taleplerin yarışmasının kökeni, Roma hukukundaki "davaların yarışmasına (*concursum actionum*)" dayanmaktadır. Romalıların davaların yarışması meselesiyle anladığı husus, bugünkü hukukumuzda, maddi hukuka göre çözümlenmektedir. O halde Roma hukukundaki davalar sistemi, günümüz hukukunda var olmadığı için, günümüz hukukundaki taleplerin yarışması kavramı, Roma'daki davaların yarışması konusuna denk gelmektedir²⁴.

hakkında bkz. *Iul. D. 44.7.18; Scaev. D.45.1.133; Ulp. D. 46.1.5; Marcell. D. 46.8.17. consumptio*'nun türüne dikkat etmeyen metinler hakkında bkz. *Iul. D.46.3.36; Paul. D. 12.2.28.4. Levy, s. 41-46; Heumann, H./Seckel, E.:* Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, 10. Aufl., Graz, 1958, s. 87, 101, 167, a, β, 168.

²² Örn bkz. *Marc.D. 8.2.35; Proc.-Ulp.D.9.2.7.8; Iul.Ulp.D.11.3.9 pr.; Paul.D.19.1.5 pr.; Ulp. D.19.2.13 pr.; Serv-Alf.D. 19.2.30.2; Proc.-Paul.D.17.2.38.1; Ulp.D.26.7.9.1; Lab.-Ulp.D.43.24.15.2.*

²³ Levy, s. 47, 48.

²⁴ "Taleplerin yarışması" başlığı altında günümüzde, bir alacaklının birden fazla talep hakkı arasındaki yarışma (objektif yarışma), bir borçlu karşısındaki birden fazla alacaklının (aktif subjektif yarışma) ve birden fazla borçluya karşı bir alacaklının talep hakları arasındaki yarışma (pasif subjektif yarışma) toplanmaktadır. TBK md.60'da yer alan "sebeplerin yarışmasında", bir kişi, aynı olaya bağlı birden fazla sebep nedeniyle sorumludur. Bir davranış hem borca aykırılık hem de haksız fiil oluşturuyorsa ya da bir kimse kusura dayanan ve kusur aranmayan sebeplerle sorumlu olabiliyorsa, bir kimse için birden çok sorumluluk sebebi bulunmaktadır. Aynı şekilde, bir kimsenin kusursuz sorumluluğu, birden çok ne-

Roma hukukunda, günümüz hukukundakinin aksine, genel bir *actio* kavramı da bulunmamaktaydı²⁵. Hak ihlali olduğunu ileri süren kişi, kendisine *magistra* tarafından bir dava tanınmadıkça, hakkını ileri süremezdi. *actio* kavramı, bir hakkın elde edilmesini sağlayan mahkeme hükmüne ulaşmak için, davacı, davalı ve *magistra*'dan oluşan üç köşeli usuli bir işlemi ifade etmekteydi. Klasik dönemde *praetor*, davacıya elde etmek istediği sonuca uygun bir dava tanımaktaydı. Bu nedenle de, Roma yargılamasında *actio*, çok önemli bir yere sahipti. Hatta *actio*, zamanla maddi hukuka uygun bir anlam kazanır olmuştur. Zira *Kaser*'in açıklamasına göre, *actio*, hukuk düzeninin davacıya sağladıklarının, yargılama usulü sonucundaki mahkeme hükmü veya icrayla kazanılmasıdır²⁶. Bu nedenle de, *actio*, bir yandan usuli dava işlemi ifade etmekteyken, diğer yandan içerisinde, davacının ilgiliden, hukuk düzeninin

denden kaynaklanabilmektedir. Zarar gören kimse tazminat talebinde, hangi sorumluluk sebebi kendi lehineyse, sadece o sorumluluk sebebine dayanır. Unutulmamalıdır ki, haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat, zarar gören taraftayken; sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlu, kusursuz olduğunu ispat etmelidir. Davacının dayandığı hukuki sebebin şartları oluşmamışsa, hâkimin şartları gerçekleşen hukuki sebebe göre karar vermesi savunulabilmektedir. Buna karşılık davacının talebinde bir neden belirtilmemişse, hâkim, TBK md. 60'a göre, hangi sorumluluk sebebi, zarar görenin menfaatineyse, o sorumluluk sebebine göre karar verir. Müteselsil sorumluluk ise zarar verenlerden her birinin birlikte bir zarar sebebiyet vermesinde (Eski BK'ye göre tam teselsül) veya birden çok kişi ayrı sebeplerden bir kimsenin zararının tazmininde (Eski BK'ye göre eksik teselsül) söz konusu olur. Aynı şekilde, bir zarardan birden çok kimse kusursuz sorumluysa veya birden çok kimse birlikte hareket iradesi olmadan bir zarar meydana getirmişlerse de, kıyasen müteselsil sorumluluk ilkeleri uygulanmalıdır. TBK md. 61 ile tam ve eksik teselsül ayrımı kaldırıldığından –bir zarardan, iki veya daha çok kimsenin sorumlu oldukları bütün hallerde, tam teselsülün kabul edilmesi gerektiği fikri, Eski BK döneminde de ileri sürülmekteydi- artık zarar hangi nedenlerden kaynaklanırsa kaynaklansın, müteselsil sorumlulardan biri hakkında uygulanan zamanaşımının kesilme nedenleri gibi biri lehine olan kesin hüküm, diğer müteselsil sorumlular hakkında da etkili olacaktır. Aynı şekilde zarar gören bir kimseye yapılan ödemeyle, onun haklarına da halef olunacak; zarar görenin müteselsil sorumlulardan birinin durumunu iyileştirmesinin sonuçlarına her durumda katlanacaktır (**von Tuhr**, s. 409, 779; **Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, C. II, İst. 2013, s. 283-290; **Eren, Fikret**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ank. 2015, s. 809-826; **Yağcıoğlu, Ali Haydar**: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ank. 2014, s. 15-42).

²⁵ **Karadeniz Çelebican, Özcan**: Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar, Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onüçüncü Basım 2008, s. 122, 123.

²⁶ **Kaser, Max**: Das Römische Privatrecht. Das Altrömische, Das Vorklassische und Klassische Recht, C.I, 2. Aufl., München 1971, s. 224.

ona tanımış olduğu şeyi elde etme yetkisini de barındırdığı için, aynı zamanda maddi hukuka ilişkin talep kavramını da içermekteydi. Yani Roma hukukunda, talep edilen hak, ancak ona *praetor* tarafından bir *actio* tanınırsa elde edilebilirdi. *Praetor*'lerin hakkaniyeti sağlama yolundaki faaliyetleriyle, hakları yarattıkları da söylenebilmektedir. Ayrıca bilinmektedir ki, Roma hukuku, günümüz hukukunda olduğu gibi, maddi hukuku ve usul hukukunu birbirinden ayrı düşünmemekteydi. Her ikisinin birlik içinde olduğu *actio* kavramında da bu durum açıkça görülmektedir²⁷.

Roma'da klasik dönemde yürürlükte olan *ordo iudiciorum privatorum*'da (özel yargılama usulünde)²⁸, dava iki aşamada yürütülürdü: *in iure*²⁹ aşamasında *magistra*, davacının korunacak bir hakkı olduğuna kanaat ederse davacıya bir dava tanır, *litis contestatio*'yla da artık, yargıç önündeki *apud iudicem* aşamasına geçilirdi. Klasik dönem Roma hukukunda aynı dava konusunun bir daha yargılamaya esas teşkil edememesi de *litis contestatio* aşamasından sonra gerçekleşirdi. Ayrıca *litis contestatio*'dan sonra borç yenilenmiş olmakla beraber, artık eski borç ortadan kalkar, yerine verilecek karara uyma yükümlülüğü geçerdi (*condemnari oportere*)³⁰. *Litis contestatio*'ya bağlanan sonuçlar, davalı-

²⁷ Georgiades, s. 12, 13; Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 121, 122, 265-268.

²⁸ Özel yargılama sistemi (*ordo iudiciorum privatorum*), *legis actio* ve *formula* usulü olmak üzere ikiye ayrılırdı. *Legis actio* usulünde, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kimse, kanunlarla belirlenmiş ve değiştirilemeyecek belirli beş dava kalıbı içerisinde birini seçerdi. Şikâyetçinin bu seçimde yapacağı bir dikkatsizlik, iddiasının incelenmesine engel olabildi. *formula* usulünde ise, *praetor*, hakkı ihlal edilen kişiye dava hakkı tanır ve *formula*'ları düzenlerdi. *ius civile*'de öngörülmüş bir durum olsa bile, *praetor* bu durumun hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağına inanıyorsa, şikâyetçiye dava hakkı tanımazdı. Ayrıca bir hakkı ihlal edilen kimsenin, o durum *ius civile*'de öngörülmese bile, korunması için, *actio in factum*'ları kullanmasını sağlayabilirdi (Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 281-285, 292-298; Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğmuş, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, İst. 2009, s. 231, 237-241).

²⁹ *in iure*: *Magistra* önündeki safhayı ifade eden *in iure* aşamasında, İddia sahibinin iddiaları karşısında, *magistra* davayı reddetmez (*denegatio actionis*) ve davalı, bu iddiaları ikrar eder veya taraflardan biri yemin ederse yargılamaya devam edilmezdi. Ancak davalı, bu iddiaları reddeder veya mahkûm edilmemesini gösteren karşı bir iddia ileri sürerse, yargıç seçilip, *formula* hazırlanırdı. Bundan sonra gerçekleşen *litis contestatio* ile hâkim önündeki aşamaya (*in iudicio* veya *apud iudicem*) geçilirdi (Tahiroğlu/Erdoğmuş, s. 241-243; Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İst. 1983, s. 88).

³⁰ *Gai. 3.180*: "...ante litem contestatam dare debitor oportet, post litem contestatam condemnari oportet, post condemnationem iudicatum facere oportet."

nın sorumluluğunun ağırlaşmasıyla birlikte, mirasçılara karşı açılmayan bir yıl süreli ceza davalarının, *litis contestatio* yapılmışsa mirasçılara geçmesi, yani *litis contestatio*'dan sonra ortaya çıkan yeni durumların, yargıç tarafından dikkate alınmaması ve bu aşamadan sonra borcun sona ermesiyle, aynı konuda bir daha dava açılmamasıydı³¹. Roma özel yargılama usulünden *formula*³² yargılamaındaki, *apud iudicem*³³ aşamasında, yargıç, dava şartlarının bulunduğu *intentio*³⁴ ve içeriğin yer aldığı *condemnatio*³⁵’yu kapsayan *formula*’ya sadık kalarak, davayı görürdü. Eğer *intentio*’daki şartlar oluşmuşsa mahkûmiyete, oluşmamışsa beraata karar verirdi. Bu aşamadan sonra da borçlunun borcu, verilen kararı yerine getirmek olurdu (*iudicatum facere oportere*). Bu nedenle de *actio*, davacının talebindeki hukuki sebebe sıkı sıkıya bağlıyken, *litis contestatio* da, aynı dava konusunun bir kez daha aynı taraflar arasında yargılamaya konu oluşturamaması (*bis de eadem re agere non licet*) açısından çok önemliydi. Klasik dönem Roma hukukunda, borçlar hukukuna ilişkin bir talebin dava edilmesiyle birlikte, aynı konu hakkında bir daha dava olmaz kuralı *litis contestatio* ile uygulanırdı³⁶. Roma’da

Gai. 3.180: "...*litis contestatio*'dan önce borçlunun borcunu yerine getirmesi, *litis contestatio*'dan sonra verilen karara boyun eğmesi, mahkûmiyetten sonra, onu yerine getirmesi icap eder." (Çeviri için bkz. Gaius Institutiones Borçlar Kısmı, Çev. Türkan Rado, İst. 1953, s. 75).

- 31 **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 243, 244; **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 304-306. *Litis contestatio*'nun taraflar arasında bir akit olduğu görüşü hakkında bkz. **Schwarz**, s. 262, 263, 266.
- 32 Belirli biçimde düzenlenen yazılı belge niteliğindeki *formula*, *demonstratio*, *intentio* ve *condemnatio* bölümlerinden oluşurdu (**Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 299).
- 33 **Apud iudicem**: Yargıç önündeki aşamada, taraflar hazır bulunmalıydı. Yargıç, tarafların ileri sürdüğü her türlü delili dikkate alabilirken, davaya *formula* kapsamında bakmalıydı (**Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 249-251).
- 34 **Intentio**: davacının belirtilen olaya bağlı olarak davalıya karşı ileri sürdüğü iddianın hukuki temelini ve hakkı içeren kısımdır. Davanın ne tür bir dava olduğu bu kısımdan anlaşılırdı. Davanın konusunun belirli (*certa*) veya belirsiz (*incerta*) oluşuna göre, değişirdi (**Umur**, Lügat, s. 90; **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 299; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 244, 245).
- 35 **condemnatio**: Davalının, davacı tarafından öne sürülen iddialardan hangisi saptanırsa veya saptanamazsa mahkûm edilmesi ya da beraat etmesi gerektiğini içeren kısım (**Umur**, Lügat, s. 42; **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 299; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 245).
- 36 Ancak bazı metinlerde *actum est*, *petitum est*, *conventus est*, *expertus est* kullanımları, her zaman dava açılması anlamında değil (örn. bkz. *Paul. D. 9.4.17 pr.*), bazen de davanın tamamıyla yürütülmesi anlamında (örn. bkz. *Gai. 3.180*; *Iul. D. 44.7.18*; *Pap. D. 12.6.57*; *Ulp. D. 3.3.66*; *Ulp. D. 46.1.5*) kullanılmıştır (**Liebs**, s. 253).

bir hak, *actio* ile korunmamışsa, hiçbir şekilde talep edilemezdi. Ancak bazen hukuki sebebe bağlı olarak da, o uyumsuzluk için birden çok dava tanınmış olabilirdi. Bir uyumsuzluk için birden çok davanın açılabilir olması, Roma hukukunda davaların yarışmasına neden olurdu³⁷.

B. DAVA HAKKININ USULİ YOLLARDAN SONA ERMESİ VEYA TÜKENMESİ (Prozesskonsumtion)

1. Genel Olarak

Dava hakkının usuli yollardan sona ermesi, asıl etkisini, klasik dönemde etkili olan yargılama usulünde göstermekteydi. Zira klasik dönemde geçerli olan *formula* yargılamasında, *litis contestatio*'nun bir sonucu da, taraflar arasında aynı dava konusuna sahip bir davanın, ikinci bir yargılamanın konusunu oluşturamamasıydı.

Romalıların dava hakkının usuli yollardan tükenmesi ilkesi, "*bis de eadem re ne sit actio (bis de eadem re agere ne –non- liceat –licet-)*"³⁸ kuralına istinat etmektedir. Kaynaklara bakıldığında, hiçbir yerde bu kuralın doğrudan aktarıldığı görülmektedir³⁹.

Gai. 3.180

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc est, quod apud ueteres scriptum est ante litem contestatam dare debito-

³⁷ Georgiades, s. 13, 14. Roma davalar sisteminde de, her davanın zorunluluk ve gerekliliği ilkesi mevcuttur. İlerleyen dönemlerle, yeni ihtiyaçların ortaya çıkması, yeni yasalarla yeni davaların ortaya çıkmasına ve actiones utiles ile davaların çoğalmasına zemin hazırlamıştır. Ortaya çıkan bu davaların *actio utilis*'lerle genişlemesi nedeniyle, hukukun yorumunu gerçekleştiren hukukçular, aynı hukuki amaca ulaşmayı sağlayan birden çok davanın, aynı olaya uygulanıp davacının menfaatinin birden çok haksız yere korunmasını engellemiştir (Levy, s. 19-21).

³⁸ Aynı konu üzerinde iki kez dava hakkı olmasını ifade eden bir *regula iuris*'dir (Umur, Lügat, s. 63; Erdoğan, Belgin: Bir Usul Hukuk Kuralı Bis De Eadem Re Ne Sit Actio, İst. 1988, s. 6; Erdoğan, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, 2. Baskı, İst. 2008, s. 18).

³⁹ Bu hususta bkz. D. 44, 2, vd; Gai. 4, 106-108; Gai. 3, 181. "*bis de eadem re ne sit actio*" kuralının tarihçesi hakkında bkz. Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 6-8.

rem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.

Gai. 3.180

Keza borç münasebeti, eğer bir iudicium legitimum açılmış ise, litis contestatio (davanın tesbiti) ile sukut eder, zira bu andan itibaren esas borç ortadan kalkar ve davalı artık litis contestatio'dan dolayı mükellef olmaya başlar. Fakat, eğer mahkum edilmiş ise litis contestatio da ortadan kalktığından mahkumiyeti dolayısıyla mükellef olmaya başlar. İşte bu sebeptir ki eski hukukçuların eserlerinde, litis contestatio'dan evvel borçlunun vermesi lazım geldiği, litis contestatio'dan sonra mahkum edilmesi lazım geldiği ve mahkumiyetten sonra da hükmü yerine getirmesi lazım geldiği yazılıdır.⁴⁰

Gai. 3. 180'de veteres'lere dayandırılan "*tollitur obligatio litis contestatione*" kuralı da⁴¹, *litis contestatio* ile borcun sona erip, sadece usuli açıdan bir borcun doğduğunu gösterir. "*Tollitur obligatio litis contestatione*" kuralıyla "*bis de eadem re ne sit actio* birbirine aykırıymış gibi gözükse de, "*tollitur obligatio litis contestatione*" kuralı "*actio in personam in ius concepta*" ile ilgiliyken, "*bis de eadem re ne sit actio (bis de eadem re agere ne –non- liceat –licet-)*" kuralı ise "*actio in rem*" ile ilgilidir. Bu nedenle, dava hakkının sona ermesinde, *actiones in personam*⁴²'in ve *actiones in rem*⁴³'in ayrı ayrı incelenmesi gerekir:

Ius civile'den kaynaklanan bir *obligatio, litis contestatio* ile *ipso iure* sona ererdi. Ancak *agere=litem contestari* engellenmezdi. Bu nedenle "*ipso iure agi non potest*" sonucu da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Yani açılan ikinci davada, yargıç, başka hiçbir şeye bakmadan, borcun artık, maddi hukuk nedeniyle sona erdiğine karar vermeliydi. Buna karşılık, *litis contestatio*'nun aynı haklara hiçbir etkisi bulunmamaktay-

⁴⁰ Gaius Institutiones Borçlar Kısmı, Çev. Türkan Rado, İst. 1953, s. 75.

⁴¹ Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, S. 7, dn. 10a.

⁴² *Actiones in personam*: Taraflar arasındaki bir borca dayanan ve sadece borçluya karşı ileri sürülebilen şahsi davalardır (Karadeniz Çelebican, Roma hukuku, s. 123; Umur, Lügat, s. 15).

⁴³ *Actiones in rem*: Aynı bir hakka dayanan ve herkese karşı ileri sürülebilen aynı davalardır (Karadeniz Çelebican, Roma hukuku, s. 123; Umur, Lügat, s. 15).

di. Ancak ikinci davanın açılabilirlik şartları arasında, aynı dava konusunda başka bir davanın açılmamış olması bulunduğundan, bu ikinci dava *magistra* tarafından *denegatio* yoluyla engellenmeliydi. "*ne sit actio*" ile ifade edilmek istenen de buydu⁴⁴.

Dava hakkının sona ermesi içerisindeki *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* sadece usuli yargılamaya ilişkindi. Yoksa maddi hukuki duruma, hiçbir etkisi bulunmamaktaydı. Bu nedenle de, *bis de eadem re ne sit actio* kuralı, aynı davalarla ilgilidir. Ancak belirtmek gerekir ki, *formula in factum concepta* davalarının *intentio* kısmında *ius civile*'nin tanıdığı bir haktan değil de, bir olaydan bahsedildiğinden, bu dava türlerinin ortaya çıkmasıyla, *tollitur obligatio litis contestatione* kuralı yeterli gelmemekteydi. Zira borç ilk davanın *litis contestatione*'siyle *ipso iure* sona ermediğinden, ikinci bir dava açılabilmekteydi. Ancak hakkaniyete aykırı bu durumu önlemek için, tıpkı aynı davalarda olduğu gibi, *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, bu durumdaki boşluğu da gidermiş oldu. Yani borcun (*obligatio*) değil de, dava hakkının sona ermiş olduğu böylece ortaya çıkmış oldu⁴⁵.

O halde özetlemek gerekirse, dava hakkının usulen sona ermesi bakımından, şahsi ve aynı davalar birbirinden ayrılırken, şahsi davalar da kendi içinde *intentio iuris civilis* ve *intentio in factum* olarak ayrılırdı. Zira ilk durumda, *obligatio* tükenmiş olduğu halde, ikinci durumda da *obligatio*'nun tükenmemesine rağmen, *actio* (yani dava hakkı) tükenirdi. İlk durumda *actio* (dava hakkı) ve *obligatio* birlikte, *ipso iure* tükenmiş olurken, ikinci durumda *exceptio*'nun etkisiyle, sadece dava hakkı tükenmiş olurdu ve pratik sonuçları bakımından her ikisinin de birbirinden farkı bulunmamaktaydı⁴⁶. Böylece her iki durumda da, *eadem res* nedeniyle, *denegatio* yoluyla değil de, *absolutio*⁴⁷ *ab actione*, yani "davanın maddi hukuk itibarıyla esassız olması nedeniyle reddi" gerçekleş-

⁴⁴ Levy, s. 48-53; Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 9.

⁴⁵ Levy, s. 53-56.

⁴⁶ *actio in personam* ve *actio in rem*'ler arasında dava hakkının usulen tükenme konusu bakımından mutlaka bir ayırım yapılmalıdır. Zira böyle bir ayırım yapılmaması, günümüz hukukunda bile ödeme def'i (den Einwand der Zahlung) ve derdestlik itirazının (die Einrede der Rechtshangigkeit) aynı derecede ele alınmasını gerektirirdi.

⁴⁷ **Absolutio ab actione**: "davanın reddi, beraat kararı" (Erdoğan, Latince Teknik Terimler, s. 3).

miş olurdu⁴⁸. Çünkü ilk davanın *litis contestatio*'su ile *obligatio*, *ipso iure* tükendiğine göre, *praetor*, *denegatio actionis* yoluyla davayı reddetmez, bilakis hâkime yollamayı tercih ederse, hâkim, ikinci davanın hukuki sebebi *ius civile*'ye göre ortadan kalktığından, davalıyı maddi nedenlerden dolayı beraat ettirmeliydi⁴⁹.

Eadem res'e sahip ikinci *actio in rem* halinde, *legis actio* usulünde *magistra* muhtemelen davayı *denegatio actionis* yoluyla reddederdi⁵⁰. Ancak *formula* yargılamasında karmaşık hukuki ilişkiler sebebiyle, ikinci davaya, *litis contestatio*'dan sonra, *eadem res* ile ilgili olduğuna dair bir *exceptio* ekleyerek hâkime yolladığı da kuvvetle muhtemeldir. Zira *eadem res*'in mevcut olup olmadığını anlamak, ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmekteydi. Hâkim, incelemesinde, ikinci davanın *eadem res*'e sahip olduğuna kanaat getirirse, davalıyı beraat ettirirdi⁵¹.

O halde klasik dönem Roma hukukunda, *litis contestatio*'nun sona ermesiyle birlikte, taraflar arasındaki borcun (*obligatio*) ve dava hakkının (*actio*) sona ermesi *ipso iure* gerçekleşirken, taraflar arasındaki *actio*'nun tükenmesi, ancak *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* ile gerçekleşirdi.

2. Dava Hakkının *ipso iure* Sona Ermesi veya Tükenmesi

Klasik dönemde önemli olan bu tükenme yoluyla ifade edilmek istenen, ilk davanın *litis contestatio*'sundan sonra, aynı dava konusunun bir kez daha aynı şekilde, yargılamaya konu oluşturamamasıydı. Dava hakkının usuli yollardan sona ermesi yolu, *litis contestatio*'nun borcu sona erdirici etkisiyle sıkı bir ilişki içerisindeydi. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tespiti anlamındaki *litis contestatio* ile taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiden doğan borç (*dare aut facere oportere*) ortadan kalkar, yerine yargıcın vereceği karara uyma borcu (*condemnari oportere*) geçerdi. *Litis contestatio*'nun taraflar arasındaki borcu sona er-

⁴⁸ Levy, s. 56, 57.

⁴⁹ Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 5.

⁵⁰ Bu karar, *litis contestatio*'nun etkilerini doğurmadığı gibi, hâkimin kararı gibi kesin hüküm de oluşturmazdı. Zira böyle bir durumda, davacı aynı dava konusuyla, yeni *magistra*'ya başvurabilirdi (Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 281; Türkoğlu Özdemir, Gökçe: Roma Usul Hukukunda "Plus Petitio" Yasası ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasasına Olan Etkileri, Ank. 2004, s. 69).

⁵¹ Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 9, 10, 16.

diren ve yenileyen (*novatio*) etkisinden dolayı, aynı uyuşmazlık konusu hakkında bir daha dava açılmazdı. Ancak her dava için, belirtilen bu özellik geçerli değildi. Hangi davalar açıldıktan sonra, bir kez daha aynı konuda dava açılmayacağını açıklamak için, aşağıdaki iki metnin birlikte değerlendirilmesi gerekir:

Gai. 3.181

"Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit, aliter atque,..." "

Gai. 3.181

"Bunun neticesi olarak, eğer bir iudicium legitimum ile borcu talep etmişsem, sonradan aynı hakka dayanarak dava açamam, zira bana verilmesi lazım geldiğine (dari mihi oportere) dair iddiam hükümsüzdür, çünkü litis contestatio ile verme mükellefiyeti ortadan kalkmıştır;"⁵²

Gai. 4.107

"Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est, ..."

Gai. 4. 107

"Intentio'su ius civile'nin tanıdığı bir hakka dayanan şahsi dava iudicium legitimum'da açılmışsa, sonradan aynı şey hakkında ius civile'ye göre bir dava açılmaz ve bu yüzden bu durumda bir def'i gereksizdir..."⁵³

Yukarıdaki metinlerde de görüldüğü üzere, belirtilen kapsamlarda açılan dava türlerinde, *litis contestatio*'dan sonra, henüz karar verilmemiş olsa dahi, dava hakkı sona ermiş veya tükenmiş olup, aynı dava konusu, ikinci bir yargılamanın konusunu oluşturamazdı. Aslında ilk davanın *litis contestatio*'sunun borcu sona erdirici etkisi nedeniyle, ikinci davaya

⁵² Çeviri için bkz. Gaius Institutiones Borçlar Kısmı, Çev. **Türkan Rado**, s. 76, 77.

⁵³ Çeviri için bkz. **Erdoğan**, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 5.

dayanak olan hak da ortadan kalkmış olmaktadır⁵⁴. *Iudicium legitimum*⁵⁵ kapsamında açılan *intentio in ius concepta*⁵⁶lı *actiones in personam* şeklindeki davalarda, söz konusu dava hakkının sona erme etkisi, *ipso iure* meydana gelirdi. Ancak bu davalarda *litis contestatio* aşaması tamamlandıktan sonra, on sekiz ayın geçmesiyle karar verilmemiş olsa bile, dava hakkı sona erer ve böyle bir borç, dava yoluyla istenemeyeceğinden eksik borç haline gelirdi. *veteres*'lere dayanan bu kuralla, *de eadem re*'ye sahip ikinci *actio*, dava sebebinden yoksun olduğu için beraat kararıyla sonuçlanmalıydı⁵⁷.

O halde, bir dava hakkının *ipso iure* sona ermesi için, Romalı vatandaşlar arasındaki *intentio in ius concepta*lı *actiones in personam* kapsamındaki bir uyuşmazlığın, Roma'da veya Roma'nın bir mil etrafında, Romalı bir hâkim tarafından ele alınması gerekirdi. Yani dava hakkının *ipso iure* sona ermesi, *iudicium legitimum* kapsamında, *intentio in ius concepta*lı *actiones in personam* şeklinde bir davanın açılmasıyla gerçekleşirdi.

Davalardan ilki *actio iudicium legitimum* şeklinde açılıp, diğeri bu şekilde açılmamışsa, *actio* yine de, *ipso iure* tükenirdi⁵⁸. Aynı şekilde ilkin "*in ius*", sonradan "*in factum*" kapsamında açılan davalar için de, *ipso iure* tükenme söz konusuydu⁵⁹. Ancak ilkin "*in factum*", ikinci defa da "*formula in ius*" davada, ilk davanın "*intentio in ius concepta*" eksik-

⁵⁴ Erdoğmuş, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 13.

⁵⁵ *Iudicia legitima*: Formula verildikten sonra on sekiz ay içinde karara bağlanması gereken, Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların, Roma'da veya Roma'nın bir mil uzaklığında, Roma'lı hâkimler tarafından halledilmesi anlamına gelmekteydi (Umur, Lügat, s. 97; Monier, R.: Petit Vocabulaire de Droit Romain, 3e éd., Paris 1942, s. 143, 144).

⁵⁶ *Actiones in ius conceptae*: Davacının iddiasını *ius civile*'de tanınan bir hakka dayandıran davalar olup, *actiones in factum*'ların zıddı olarak anlaşılır (Umur, Lügat, s. 15; Dunand, Jean-Philippe/Pichonnaz, Pascal: Lexique de droit romain, Bâle 2006, s. 11).

⁵⁷ Kaser, Max/ Hackl, Karl: Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996, s. 301; Di Marzo, Salvatore (Çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, İst. 1954, s. 348; Türkoğlu Özdemir, s. 70.

⁵⁸ Bu hususta bkz. *Gai.* 3.181; *Gai.* 4, 106, 107.

⁵⁹ Örneğin aynı olaya dayanarak ilkin *actio in ius concepta*, sonrasında da *actio depositi in factum* açılması davanın tekrar edilmiş olduğunu gösterirdi (Erdoğmuş, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 21).

liğinden ötürü, sadece dava hakkı *exceptio rei iudicata vel in iudicium deductae* aracılığıyla tükenirdi⁶⁰.

3. Dava Hakkının *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* Aracılığıyla Sona Ermesi

Dava hakkının *ipso iure* tükenmesinde başvuru, *iudicium imperio* kapsamında açılan, *intentio in ius concepta*'lı *actiones in personam*'ların dışındaki diğer tüm davalarda, dava hakkının tükenmesi, açılan bu davalarda *praetor*'un *formula*'ya *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*'yi eklemesiyle gerçekleşirdi.

Gai. 3. 181

"...si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae uel in iudicium deductae summoueri. quae autem legitima sint iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus."

Gai. 3.181

"...fakat bir *iudicium imperio* continens açmışsam vaziyet farklıdır; zira bu halde borç münasebeti devam eder ve bu sebeple sonradan da aynı haktan dolayı dava açabilirim, fakat *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* ile (o şeyin hükme bağlandığı veya mahkemeye sevk edildiği def'i ile) *iddiam* çürütülür. *Iudicia*'ların hangilerinin *legitima* ve hangilerinin *imperio continentia* olduklarını müteakip kitapta izah edeceğiz."⁶¹

Gai. 4.107

"...si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae."

Gai. 4.107

"...Fakat aynı dava veya bir *actio in factum* açılmışsa, *ius civile*'ye göre tekrar dava açılabilir, bu yüzden kesin hü-

⁶⁰ Levy, s. 55, 56.

⁶¹ Çeviri için bkz. Gaius Institutiones Borçlar Kısmı, Çev. Türkan Rado, s. 76, 77.

küm veya ihtilafın *litis contestatio*'sunun yapılmış olduğuna ilişkin def'i gereklidir."⁶²

*Actiones in rem, actiones in factum*⁶³ veya *iudicia quae imperio continentur*⁶⁴ kapsamında açılan diğer tüm davalardaysa, *litis contestatio*, dava hakkının *ipso iure* sona ermesine neden olmazdı. Zira *actiones in rem*'de dava sebebi, dava açılmasına bağlı olmaksızın, aynı hakka bağlıydı. Aynı şekilde *praetor*'un açılmasını sağladığı *actiones in personam*'lardaysa, yani *formula in factum concepta*'lı davalarda ise, dava sebebi, davaya neden olan olaya (*factum*) bağlıydı⁶⁵. Bu dava türlerinde, aynı dava konusu hakkında ikinci bir dava açılmaması için, *praetor*'un ikinci dava karşısında, davalıya, *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* vermesi gerekirdi⁶⁶. Bu *exceptio* sayesinde, daha önce karar verilmiş olan (*res iudicata*) veya karar verilmemiş olsa da, görülmekte olan davanın (*res in iudicium deducta*) varlığına karşılık, artık ilk davayla dava hakkı kullanılmış olduğundan, yargıç, *de eadem re*'ye sahip ikinci *actio*'da, beraat kararı vermeliydi⁶⁷.

⁶² Çeviri için bkz. **Erdoğan**, Bir Usul Hukuk Kuralı, s. 5.

⁶³ *actiones in factum conceptae*: ius civile tarafından bir hak tanınmamış olsa da, *praetor*'un hakkaniyeti (*aequitas*) gerçekleştirmek için, taraflar arasındaki bir uyumsuzluğu sonuçlandırmak amacıyla *formula*'sı bir *factum*'a (vakıya) dayandırılan davalardır. *demonstratio* bölümünde olayın kısa bir açıklaması yer alırdı (*Umur*, *Lügat*, s. 15; **Dunand/Pichonnaz**, s. 11; **Monier**, s. 30).

⁶⁴ *iudicia quae imperio continentur (iudicia imperio continentia)*: Roma'nın bir mil ötesinde, yabancı bir hâkim veya *recuperatores* önünde, *formula*'nın verilmiş olduğu *magistra*'nın görev süresi bitene kadar karara bağlanması gereken, taraflardan en az birinin yabancı olduğu davalardır (**Umur**, *Lügat*, s. 97).

⁶⁵ **Kaser, Max/Hackl, Karl**: Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996, s. 302. *Formula* yargılamasında, *ius civile*'nin tanıdığı borç ilişkilerinden olmasa da, *praetor*'lerin hakkaniyeti sağlamak amacıyla *in factum* ve *utilis* davalarla dava hakkı verdiği bu durumların bağlayıcılığını ifade etmek için "*actio teneri*" ifadesi de kullanılırdı (**Umur**, *Lügat*, s. 13).

⁶⁶ **Georgiades**, s. 15. *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* için bkz. *Gai.* 3. 181; *Gai* 4. 106. *Iustinianus* Döneminde *geriye sadece exceptio rei iudicatae* kalmıştı. Bunun için bkz. *D.4.2* ve *I. 4.13.5*.

⁶⁷ **Umur**, *Lügat*, s. 68; **Monier**, s. 107; **Kaser/Hackl**, s. 302. *Kaser*'e göre, *lex Iulia, ius civile*'ye ve *ius honorarium*'a dayanan davaların hepsini *iudicium legitimum* altında topladıktan sonra, *ipso iure* ve *exceptio* yoluyla dava hakkının tükenmesi de birbirine yaklaşmış olmasına rağmen, bir birlik içinde görülmemiştir. Ancak *Levy*, aksi görüşte olmakla birlikte her iki tükenme türünü de "zivil Konsumption" olarak görmektedir. Belirtilen örnekler için bkz. *Iul. D. 27.10.7.2*; *Paul D. 44.2.22*; *Ulp. D. 44.2.23*; *Paul.9.4.4.3*; *Paul. D. 9.4.4.26 pr.*; *Paul. D. 46.8.8 pr.*; *Ulp. D. 44.2.18*. (**Kaser/Hackl**, s. 303; *Levy*, s. 73 vd.).

Praetor, bu def'iyyi, davalının isteği üzerine veya kendi yetkisi çerçevesinde *formula*'ya eklerdi. *Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, exceptio peremptoria* olduğundan, davanın açılma zamanına dikkat edilmeden, her zaman ileri sürülebilecek ve davanın sona ermesini sağlayacak def'idir. *Praetor*, bu def'iyyi, davalının isteği üzerine veya kendi yetkisi çerçevesinde *formula*'ya eklerdi⁶⁸.

Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae'nin, menfi ve müspet olmak üzere iki işlevi bulunmaktaydı. Bu def'inin menfi işlevine göre, *de eadem re*'ye sahip ikinci dava reddedilirdi. Yani ilk davada verilen hükümle çelişik ikinci bir kararın verilmesi, söz konusu *exceptio*'nun menfi işlevinin bir sonucuydu. *Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*'nin müspet işlevine göre ise, ilk davayla verilen hüküm kesin olup gerçeği yansıttığından, *de eadem re*'ye sahip ikinci davayla, ilk hükmün gerçeği oluşturduğu tespit edilmeliydi⁶⁹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Roma hukukunun gelişen yapısına uygun olarak, ilkin dava hakkının tükenmesinin sınırları, şahsi ve aynı dava türlerine göre ayrılmaktaydı. Şahsi davalar da *intentio iuris civilis* ve *intentio in factum* olarak ikiye ayrıldığından, ilkinde *actio* (dava hakkı), borcun sona ermesi nedeniyle tükenmekteyken; ikincisinde *obligatio* sona ermemesine rağmen, dava hakkının sona ermesi gerçekleşmekteydi. Ancak zamanla, dava hakkının her iki sona erme yolu da birlikte ele alınır olmuştu⁷⁰. Sonuç olarak her durumda (*intentio iuris civilis* veya *intentio iuris factum*) "*eadem res*" *denegatio*'yu değil de, davanın incelenip, *eadem res* söz konusuysa ona göre karar verilmesini

⁶⁸ Erdoğmuş, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 11, 12; Umur, Lügat, s. 69. Bkz. *Gai. 4.121*.

⁶⁹ Erdoğmuş, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 14.

⁷⁰ Aynı zamanda geç klasik dönem hukukçuları da, *exceptio*'yu dava hakkının usuli yollardan sona ermesi açısından kullansalar da, zamanla *intentio iuris civilis*'li *actio in personam*'larda da *exceptio*'ya rastlanılmıştır. Örneğin çok eski bir *ius civile* davası olan *actio aquae pluviae arcendae*'de de (*Ulp. D.44.2.11.9*) *exceptio*'ya rastlanılır. Ancak diğer birçok yerde, bu olanak bulunmamaktadır. *Actio ad exhibendum, Ven. D. 46.8.8 pr. ve Ulp. D. 44.2.18*'de belirtildiği üzere, *intentio iuris civilis* olmasına rağmen, *exceptio rei iudicatae (vel in iudicium deductae)* söz konusudur. Aynı şekilde bkz. *C.3.1.2; Paul. D. 26.7.46.5*. *Levy*'e göre, her ne kadar kendine has özellikte veya istisnai örnekler gösterilse de, o kadar çok dava hakkının *ipso iure* veya *exceptio* yoluyla tükenme türlerinin, bir davanın aynı "*eadem res*" e sahip olması nedeniyle "*eadem res* tükenme" başlığı altında toplanması gerekmektedir (*Levy, s. 62, s.63*).

gerektirirdi. Pratik sonuçları bakımından *exceptio da, ipso iure* tükenme gibi hareket etmekteydi⁷¹.

C. EADEM RES

Davaların ve dava taraflarının⁷² aynı olmasını bir yana bırakıp, *eadem res*'in unsurları arandığında, her iki davanın da *eadem causa* ve aynı amaca sahip olması gerektiği görülür⁷³:

a. *eadem causa*

Dava sebebinin ne ifade ettiğinin, Roma hukukçuları tarafından ne şekilde anlaşıldığını anlayabilmek için aşağıdaki metni incelemek gerekir:

Paul. D. 44.2.14.2

"Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest."

Paul. D.44.2.14.2

"Şahsi davalar, aynî davalardan şu şekilde farklıdır ki, birisi bana aynı şeyi (farklı nedenlerden) borçlu olduğunda, her bir özel sebep her bir özel borç ilişkisine bağlı kalmaya devam eder ve bir neden gereğince talep, bir diğer nedenden olanı engellemez. Ancak hangi sebepten benim olması gerektiği sebebini açıkça belirtmeden, aynî bir dava açtığımda, bütün sebepler tek bir davayı kapsar. Çünkü bir

⁷¹ Bkz. Paul. D. 50.17.112.

⁷² Bu hususta bkz. *Iul.-Ulp. D. 44.2.7.4*. Kesin hüküm, külli haleflerle birlikte cüzi halefleri de kapsar. Ayrıca klasik dönem Roma hukukunda müteselsil kefalet söz konusu olduğundan, *litis contestatio*'dan sonra, üçlü ilişki sona erer, alacaklı alacağını alamamış olsa dahi, bir diğerine başvuramazdı (**Erdoğan**, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 21).

⁷³ Bkz. *Ulp. D.44.2.7.1*; *Paul. D. 44.2.12*; *Ulp. D. 44.2.13*; *Paul. D. 44.2.14 pr.*; *Nerat. D. 44.2.27*.

şey bana bir defadan fazla ait olmazken, bana birden çok kez borçlanılabilir."

Bu metinden de anlaşılacağı gibi, *causa*, *actio in rem*'de (ayni davada) ve *actio in personam*'da (şahsi davada) farklı rollere sahipti. Ayrıca dava taraflarının ve amaçlarının aynı olması bir yana bırakıldığında, *causa actionis*'den bahsedildiği görülür⁷⁴.

aa. Şahsi davalarda *causa actionis*

Şahsi davalarda *causa actionis*, *obligatio*'ya denk gelmektedir. Yani borçların kaynağı olan "*contractus* (sözleşme), *quasi contractus* (sözleşme benzeri), *delictum* (haksız fiil) veya *quasi delictum* (haksız fiil benzeri)"⁷⁵, *actio in personam*'larda davanın *causa*'sını oluştururdu⁷⁶. Günümüz hukukundaki, bir borç ilişkisinin, sadece bir borcu değil, birden çok borcu veya talebi oluşturduğu görüşü, Roma hukukuna yabancıydı⁷⁷. Zira

⁷⁴ Levy, s. 80.

⁷⁵ Gai. 3.88'e borçların kaynağı *contractus* (sözleşme) ve *delictum* (haksız fiilken), Gai. D.44.7.1.pr.'ye göre *contractus* (sözleşme), *delictum* (haksız fiil) veya *ex variis causarum figuris*'dir (çeşitli sebeplerdir). *ex causarum figuris* ifadesinin Gaius'a ait olup olmadığı tartışmalıyken, daha klasik hukuk döneminde sözleşme benzerlerinin gelişmeye başladığı söylenebilmektedir. I.3.13.2'de borçların kaynakları, *contractus* (sözleşme), *quasi contractus* (sözleşme benzeri), *delictum* (haksız fiil) ve *quasi delictum* (haksız fiil benzeri) olarak belirtilmektedir. Sözleşmelerden doğan borçlar da sözlü sözleşmeler (*stipulatio*), aynı sözleşmeler (*mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*), yazılı sözleşmeler (*litteris contrahitur*) ve rızai sözleşmeler (*emptio-venditio*, *locato-conductio*, *societas*, *mandatum*) olmak üzere dörde ayrılırdı. Sözleşme benzerleriyse, *condictio* (sebepsiz zenginleşme), *tutela* (vesayet), *negotiorum gestio* (vekâletsiz iş idaresi), *communio incidens* (müşterek mülkiyet), *legatum*'dan (muayyen mal vasiyeti) oluşmaktaydı. *Delictum* kapsamına, *furtum* (hırsızlık), *rapina* (gasp), *damnum iniuria datum* (haksız olarak başkasının malına verilen zararlar), *iniuria* (maddi ve manevi kişiliğe tecavüz), *dolus* (hile), *metus* (ikrah) ve *fraus creditorum* (alacaklılara karşı hileli hareketler) girmektedir. *Quasi delictum*'ların kapsamıysa, *si iudex litem suam fecit* (hâkimin ihtilaf konusunu kendisine mal etmesi), *actio de deiectis vel effusis* (binadan yola veya umumi geçitte bir şey dökülmesi veya atılması nedeniyle bina sahibinin sorumluluğu), *actio de posito et suspensio* (umumi geçit yoluna veya geçenlere zarar verecek şekilde, herhangi bir binanın bir yerine bir şey asma ya da koyma nedeniyle sorumluluk), *actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios* (hizmetliler tarafından yolcuların eşyaları zarar görür veya çalınırsa, gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğu) girmektedir. Ayrıca rızai akitlerin alanı *pactum*'ların, aynı akitlerin alanıysa, isimsiz akitlerin tanınmasıyla genişlemişti (Rado, Türkân: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İst. 1978, s. 49 vd.; Tahiroğlu, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İst. 2000, s. 103 vd.; Söğütü Erişgin, s. 5-11).

⁷⁶ Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 25, 26.

⁷⁷ Karş. Gai. 4.131, 131 a.

Roma hukukunda davanın karara bağlanmasıyla değil de, *litis contestatio* ile dava hakkının sona ermesi etkisi kendini göstermiş olurdu. Yani illa ki davacının davayı kazanmış olması gerekmezdi. Bu nedenle de dava sebebi, bir davadan oluşurdu. Roma'daki davalar sisteminin bir sonucu olarak, borcun kaynakları demek⁷⁸, aslında Roma'da dava sebebi demekti⁷⁹. Zira birçok yerde *obligatio*'yu ifade etmek için de, *actio* kavramını kullanmıştı⁸⁰.

Ulp. D. 44.7.25.1

"Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus. ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. in factum actio dicitur, qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est."

Ulp. D. 44.7.25.1

"Davalar, sözleşmelerden, diğerleri bir haksız fiilden, diğerleri de ilgili gerçekleşen olaylardan kaynaklanır. Sözleşmeden kaynaklanan bir dava her defasında, örneğin alım satımda, *locatio conductio*'da ve diğer benzerlerindeki gibi, bir kimse kendi menfaati nedeniyle başka biriyle sözleşme yaptığında mevcut olur. Haksız fiilden kaynaklanan bir davaysa, eğer bir kimse örneğin hırsızlık, *iniuria* yapmaktan veya bir zarar ıka etmekten sorumlu olursa mevcut olur. *Actio in factum* denilen (dava) ise, örneğin bir *patronus*'a (köle azat edene)

⁷⁸ Gai. 3. 88, 89, 182.

⁷⁹ Ulp. D. 44.7.25.1; Gai.D.44.7.5 pr.; Cels.-Iul.-Ulp.D.2.14.7.2; Paul.D.3.2.7; Ulp.D.9.3.1.7; Ulp. D. 21.1.23.4; Tryph.D.42.1.52; Paul.D.44.7.49; Gai. 4. 113; Ulp. D. 2.14.7 pr.; Ulp. D. 2.14.7.12; Gai.D. 21.2.57.1; Ulp.D.13.4.2.1; Mrcell.D. 45.1.98.1; Marcell.-Pap.-Ulp. D. 2.14.7.5; Pomp.-Iul.-Ulp.D.2.14.7.6; Paul.D. 2.14.17.2; Scaev.-Paul.D. 2.14.27.2; Ulp. D.19.5.15; Ulp. D.3.5.3.7; Ulp. D.9.3.1.8; Paul. D.25.2.21.5; Paul. D.4.5.7.1; Tryph. D.42.1.52; Ulp. D.42.5.9.8; Herm. D.44.7.32; Ulp. D.46.1.8.5; Ulp. D.47.1.1.2; Nerat.-Ulp. D.47.10.1.9; Paul.D.2.14.27. Ayrıca karş. Gai. 3. 88, 89, 182.

⁸⁰ Levy, s. 81-85.

kendisine *praetor edictum*'una aykırı olarak dava açan azatlısına karşı verilen davadır."

Sözleşmelerden doğan davalar arasındaki yarışmada, *eadem causa* olarak, taraflar arasındaki sözleşme gösterilmektedir. Sözleşmelerden ve sözleşme benzerlerinden doğan davaların birbirleriyle yarışması hususundaysa, sadece dava amaçlarının aynı olmasının yeterli olması hususu, *interpolatio*'lu metinler karşısında tartışmalıdır⁸¹.

Bir haksız fiil (*delictum*) davasının *causa*'sı, haksız fiili meydana getiren olayın kendisidir. Bazen bir olay, birden çok haksız fiili veya suçu oluşturuyorsa, orada davaların yarışması söz konusu olur⁸². O halde denilebilir ki, sözleşmeden kaynaklanan davanın *causa*'sı sözleşmeyken, haksız fiilden kaynaklanan davanın *causa*'sı da haksız fiildi⁸³.

Ayrıca bir *formula*'nın *demonstratio* bölümünde olay doğru tanımlanmadığında dava reddedilmişse, ikinci davada *demonstratio* düzeltilerek aynı talep tekrarlandığında, dava hakkı ortadan kalkmış olmazdı. Bu durum *intentio*'su *incerta* olan şahsi davalar bakımından önemliydi. *Intentio*'su *incerta* olan davalarda, ayrıca alacaklı yararına da bir ihtirazi kayıt konulması halinde, alacaklının borca ilişkin diğer talepleri de saklı kalmış olurdu⁸⁴. Ancak *intentio certa*'lı bir davada, *plus petitio*⁸⁵ nedeniyle dava reddedildikten sonra, ikinci bir dava açılması halinde, davanın tekrarı söz konusudur. Yani klasik hukuk döneminde, davacı hakkından fazlasını talep ederse (*plus petitio*), davayı kesin olarak kaybederdi. Ancak *minus petitio* söz konusuysa, yani bir davacı alacağından daha az bir miktarı talep etmişse, aynı *praetor*'e değil de, ancak bir yıl sonra göreve gelecek

⁸¹ Bkz. Ulp. D. 44.2.5; Paul. D.12.2.28.4; Paul. D. 17.2.38.1; Ulp. D. 17.2.43.

⁸² Herm. D.44.7.32; Gai. D.9.2.32.1; Ulp. D. 11.3.11.2; Nerat.-Ulp. D. 47.10.1.9; Ulp. D. 47.23.3 pr.; Paul. D. 44.7.41.1.

⁸³ Levy, s. 107. (Ayrıca hem haksız fiilden hem de sözleşmeden kaynaklanan davanın aynı zamanda yetkili bir şekilde bulunması hakkında bkz. Paul. D. 19.2.43; Paul. D. 17.2.48; Ulp. D. 17.2.49; Iul. D. 9.2.42. *Actio rationibus distrahendis*'deki özellik için bkz. ve karşı. Ulp. D. 27.3.1.21,22 (Levy, s. 107-115).

⁸⁴ Bkz. Gai. 4.130-132.

⁸⁵ *Plus petitio* (fazla talep şekilleri), miktar, yer, zaman ve sebep bakımından olmak üzere dört tanedir. *Plus petitio re*'de borçlanılan miktardan fazla bir talep söz konusuysa; *plus petitio tempore*'de vadesi gelmeyen bir alacak talep edilmektedir. *Plus petitio loco*'da ise, taraflar arasında belirtilen ifa yeri dışında başka bir yerde, borç talep edilmektedir. Son olarak *plus petitio causa*'da ise, seçim hakkı davalıdayken, davacı davayı belli bir şeyi talep ederek açardı. Bu hususta bkz. Gai. 4.53; I. 4.6.33 (Türkoğlu Özdemir, s.40, 41).

olan *magistra*'dan, geri kalan kısım talep edilebilirdi⁸⁶. İlk davada eksik talepte bulunan bir kimse, ikinci davada kalan kısmı aynı *magistra*'nın görev yılı içinde talep ederse, davalı tarafından *exceptio litis dividuae*⁸⁷ ileri sürülürdü⁸⁸. Buna karşılık, davacının aralarında hukuki bağ olan borç ilişkilerinden dolayı, birden fazla dava hakkı bulunuyorsa, bunlardan birini kullanıp, diğerlerini de aynı *magistra*'ya sunmak isterse, ona karşı *exceptio rei residuae et dividuae*⁸⁹ def'i ileri sürülebilirdi. Böylece tarafları aynı olan birden çok uyuşmazlığın, farklı davaların konusunu oluşturması engellemek istenmişti. Ancak *aliud petere* halinde, yani bir kimsenin talep etmesi gereken haktan tamamen başka bir şeyi talep edip, ikinci bir davayla gerçekten sahip olduğu hakkını talep etmesi söz konusu olabilirdi. Bu durumda, davacının dava hakkı sona ermezdi⁹⁰.

bb. Aynı davalarda *causa actionis*

Aynı davaların sebebi, aynı haktır. Zira mülkiyet hakkında görüldüğü gibi, "*semel res mea esse potest* (bir şey bana bir kez ait olur)".

⁸⁶ Erdoğmuş, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 26, 27; Türkoğlu Özdemir, s. 34-45.

Gai. 4. 56: "*Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet. sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur; nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.*"

Gai. 4, 56: "Fazla talep durumu, davacı açısından, davayı kesin olarak kaybetmekle sonuçlanacağı için önemli bir tehlikedir. Oysa, eksik talep durumunda, davacı açısından, böyle bir risk söz konusu değildir. Davacının hakkından daha azını talep edecek şekilde dava açması hukuka uygun olmakla birlikte, eksik talep ile de, davacının katlanması gereken bazı olumsuz sonuçlar doğar. Gerçekten, davada eksik talep gerçekleşmiş olsa bile, davalı mahkım edilebilir. Eksik talebin davacı açısından tek sakıncası, elde edemediği farkı alabilmek için, bir yıl içinde, yani davaya görmüş praetor'un görev süresi boyunca, aynı praetor'a dava açmak amacıyla başvuramayacak olmasıdır." (Çeviri için bkz. Türkoğlu Özdemir, s. 45).

⁸⁷ *Exceptio litis dividuae*: Davacının gerçekte sahip olduğu haktan daha azını talep ettikten sonra, aynı praetor'e başvurarak açtığı davada, davalının kendisine ileri sürdüğü def'idir (Umur, Lügat, s. 67).

⁸⁸ Örn bkz. Scaev. D. 46.8.4; Ulp. D. 12.1.13.1.

⁸⁹ *Exceptio rei residuae et dividuae*: Bir alacaklının aynı olay nedeniyle birden çok dava hakkı bulunmasına karşılık, bunlardan birine başvurduktan sonra, yine aynı yargıca karşı geri kalan dava haklarını da kullanmak isterse, davalı tarafından ileri sürülen def'idir (Umur, Lügat, s. 68).

⁹⁰ Türkoğlu Özdemir, s. 42-45, 59, 61, 166, 167, 171-179.

O halde şahsi davaların aksine, mülkiyetin elde edilme şekilleri veya nedenleri, aynı davaların sebebi değildir⁹¹.

Actiones in personam'ın *causa*'sı haksız fiil, sözleşme veya diğer nedenlerden meydana gelebilirken, *actiones in rem*'lerin *causa*'sı ise, mülkiyet veya başka aynı haklardı⁹². Yukarıda, hangi *causa*'nın bir sonraki davada *eadem causa*'yı gerektirdiği belirtilmiş oldu.

Ancak unutmamak gerekir ki, bu bahsedilenlerin hepsi dar anlamda davaların yarışmasıyla ilgilidir. Zira kişilerin sahip olduğu dava haklarının yarışması alanında, zaten iki aynı dava söz konusu olduğundan, aslında *causa*'nın belirlenmesinden de vazgeçilirdi.

b. Aynı Amaç

aa. Genel Olarak

Davaların yarışması alanında aynı amacın ne olduğu, bir dava tipinin davacının tazminat talebi veya davalının cezalandırılması talebi kapsamında değişik türde olmasına göre değişmekteydi. Bu da aynı *causa* gibi, her *actio için soyut bir şekilde bulunmaktaydı*. Davanın amacı, davacının taleplerine göre değişmekteydi. O halde, davaların amaçları incelenirken, *actiones poenalis* (ceza davaları) veya *actiones rei persecutoriae* (tazminat davaları) olup olmadığı göz önünde tutulmalıydı.

Bir tazminat ve bir ceza davası yarıştığında, her iki dava birlikte açılabilirdi. Zira her ikisi farklı amaçları elde etmeye yaramaktaydı. Yine iki ceza davası birbiriyle yarışıyor, aynı iki davanın aynı *causa*'ya sahip olmasına rağmen, davalar farklı ceza amaçlarını gerçekleştirilmeye yöneldiğinden, *eadem res* de söz konusu olmazdı. O halde davaların ve kişilerin sahip oldukları davaların yarışması, ancak aynı *actio poenalis*'in birden çok kişiye açılmasında söz konusu olurdu. Yoksa aynı kişiler arasında iki farklı *actio poenalis söz konusu olduğunda*, davaların yığılmasından veya toplanmasından söz edilirdi. Zira ceza davaları kümülatif etki gösterirdi. Ancak iki tazminat davası (*actiones rei persecutoriae*) birbiriyle yarıştığında, ilk davanın ikinci davayı tüketme etkisi görülürdü⁹³.

⁹¹ Levy, s. 97; Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 25.

⁹² Levy, s. 115.

⁹³ Levy, s. 119, 120.

Bir borç bir dava sebebi doğururken, ceza davalarında (*actiones poenalis*) borçların yığılma eğilimi olduğundan, dava sebeplerinin birliğine rağmen, failin davranışı haksız fiil neticesi doğuruyorsa, fail birden çok borçtan sorumlu tutulurdu⁹⁴.

bb. *Actiones poenales*

Hukuka aykırı fiiller sonucunda, özel hukuka ait tazminat yaptırımından başka, günümüzde suç teşkil ediyorsa kamu hukukuna ait ceza yaptırımı da doğmaktadır. Suçlar sebebiyle devlete karşı mahkûm olunurken, özel hukuk nedeniyle de davalıya karşı verilen zararın tazmini gerekir. Roma hukuku ise, farklı farklı haksız fiiller tanırdı ve suç ile haksız fiil arasında fark gözetmezdi. Kamunun menfaatini ihlal eden, aile reisinin öldürülmesi veya vatana ihanet gibi çok ağır suçlar için, devlet tarafından harekete geçilir, ancak özel şahısların menfaatini ihlal eden suçların takibi, suçtan zarar gören kimseye bırakılırdı. Bu nedenle de Roma hukukunda *crimina* veya *delicta publica*⁹⁵ ve *delicta privata*⁹⁶ olmak üzere iki ayrı suç tipi bulunurdu. O halde, Roma'da sadece devlete karşı işlenen veya işlenmiş sayılan suçlar devlet tarafından cezalandırılırken, geriye kalan tüm suçlar, suç veya haksız fiil ayrımı olmamasına paralel olarak, zarara uğrayan kimsenin suçluyu takip etmesine *birakılmıştı*. *Özel suçların her biri de*, klasik dönemde, her zaman bir miktar para şeklinde özel cezayı gerektirirdi. Maddi zararlar da her zaman mahsup edilirdi⁹⁷. Roma hukukundaki gelişim sürecinin sonucunda *actiones in personam*'in içerisinde yer alan *delicta privata*'lar nedeniyle, günümüz hukukundakinin aksine, zararın tazmini değil, kural olarak cezalandırılması amaçlanırdı. Ancak *delicta privata* sonucunda mahkûm olunan bir miktar *poena*, zarar görene ödendiğinde, dolaylı

⁹⁴ Levy, s. 120.

⁹⁵ Vatana ihanet, adam öldürmek, yangın çıkarmak gibi topluluğa zarar verdiği kabul edildiğinden, devletin menfaati için ceza verilirdi. Devlet veya herhangi bir vatandaş da bu davaları takip edebilirdi. Cezaları bazen idam olmakla birlikte çok ağırdı (**Koschaker, Paul/ Ayiter, Kudret**: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzm. 1993, s. 257; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 293).

⁹⁶ Roma hukukunda tıpkı sözleşmeler gibi, haksız fiiller de belirli haksız fiil tiplerinden oluşurdu. *ius civile* tarafından cezalandırılan *delicta privata*'lar, *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum*, *iniuria*'dır. *Praetor*'lar tarafından cezalandırılan *delicta privata*'lar ise *dolus*, *metus*, *fraus creditorum*'dur (**Rado**, s. 185).

⁹⁷ Liebs, s. 22.

olarak zarar görenin zararı da karşılanmış olurdu. Belirtilen sebeplerle, Roma hukukunda *delicta privata* nedeniyle açılan davalar, *actiones poenalis* olarak nitelendirilirdi. Bu davalar, davalının mirasçısına intikal etmezdi. Ancak faille, ölmeden önce *litis contestatio* yapılmışsa, davaya devam edilirdi. Haksız fiile uğrayanın açabileceği bütün ceza davaları- nıysa, o kimse öldükten sonra mirasçıları da açabilirdi⁹⁸. Suçlular bir- den fazlaysa, her birine tek tek *actiones poenalis* açılırken, her birinden cezanın tamamı istenirdi. Bir kimsenin borcunu ödemesi, diğerini borç- tan kurtarıcı etkiye de sahip değildi. Bu davalardan mahkûm olanlar da *infamis* (şerefsiz) olurlardı. Son olarak *delicta privata*'yı köle veya aile evladı işlemişse, efendi veya aile babasına karşı bu davalar *actio noxalis*⁹⁹ şeklinde açılabilirdi¹⁰⁰.

Ancak bir kişi, bir diğerine birden çok zarar verdiyse, davacı za- rarını oluşturan olaylarının hepsini dava *formula*'sında göstermeliydi. Söz konusu ceza davalarında, daha katı kurallar uygulandığından, bu davada eksik talepte bulunulduysa, o *praetor*'un görev süresi dolmadan dava açıldığında, ona karşı def'i ileri sürülürdü¹⁰¹.

cc. *Actiones rei persecutoriae*

Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde bazı durumlarda, hak- sız fiile uğrayana tazminat davası (*actio rei persecutoria*) açmasına da imkân verilmişti. Bu davalarla, sözleşme nedeniyle veya mülkiyetine sahip olduğumuz şeyin yeniden elde edilmesi amacıyla¹⁰², malvarlığın- da meydana gelen zararların giderilmesi amaçlanırdı. Yani *actiones rei persecutoriae* ile maddi tazminat, sebepsiz zenginleşmenin geri verilmesi

⁹⁸ Ancak sadece *actio iniurarium*'da mağdurun intikam hissini giderilmesi amaçlandığından, mağdurun mirasçıları açamazdı (Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, İst. 2009, s. 257; Rado, s. 183, 184).

⁹⁹ *actio noxalis*: Köle veya aile evladı ya da bbir hayvanın hareketlerinden, bir kimse zarar gördüyse, zarar gören bu kimse, aile reisi veya malike karşı bu davaları açar ve zararın taz- mini veya suçlu ya da hayvanın kendisine *mancipatio* ile verilmesini isterdi (Umur, Lügat, s. 15; Monier, s. 33; Dunand/Pichonnaz, s. 7, 112)

¹⁰⁰ Umur, Ders Kitabı, s. 388, 389; Rado, s. 180, 181; Schmidin, Bruno/Cannata, Carlo Augusto: Droit Privé Romain II, Obligations, Successions, m Procédure, 1987, s. 281, 282.

¹⁰¹ Örn bkz. Ulp. D. 47.10.7.5; Ner. D. 47.2.84.1; Iul. D. 47.2.57.5. Türkoğlu Özdemir, s. 223, 224.

¹⁰² Monier, s. 34.

veya ifanın yerine getirilmesi istenirdi. Bu duruma örnek olarak, hırsızca karşı ceza davası şeklinde *actio furti nec manifesti* yanında, tazminat amacıyla da *condictio furtiva* veya malik tarafından *rei vindicatio* açılabilmesi verilmektedir¹⁰³. Birden çok ceza davası birlikte açılabilirken, birden çok tazminat davası birlikte açılmazdı. Çünkü bu davalarda önemli olan malvarlığında, meydana gelen zararların giderilmesi idi¹⁰⁴. Malvarlığında meydana gelen zarar bir kez giderildiğinde, bir dava daha açılmazdı. *Actiones rei persecutoriae* adı verilen bu tazminat davalarında amaç, zarar görenin malvarlığındaki zararın giderilmesi olduğundan, birden çok kişi bu haksız fiili işlediğinde, birinden zararın giderilmesi sağlanmışsa, diğerleri de borçtan kurtulurdu. *Actiones rei persecutoriae*, failin mirasçılara karşı da açılabilirdi¹⁰⁵.

D. DAVALARIN YARIŞMASI MESELESİNİN ÇÖZÜME ULAŞTIRILMASI

1. Genel Olarak

Aynı konuda ikinci bir davanın açılmamasında tarafların ve devletin menfaati söz konusuydu. Zira kamu yararı, usul ekonomisi ve verilen kararın gerçeği yansıttığı düşünceleri, aynı konuda ikinci bir dava açılmasını engellemekteydi. O halde ilk karara aykırı olarak ikinci kez bir dava açılması, söz konusu düşüncelere de aykırılık teşkil edermişti¹⁰⁶.

Bu nedenle günümüz hukukunda olduğu gibi, Roma hukukunda da, aynı konuda ikinci bir dava açılması yasaktı (*bis de eadem re ne sit actio*). Ancak aynı konuda ikinci davanın açılması yasağı, sadece aynı taraflar arasında, aynı davanın bir kez daha açılmasıyla sınırlı değildi. Zira bazı durumlarda, zararın niteliğine göre, zarar görene birden çok dava açma yetkisi verilmekteydi. Hatta bazen de, zarar veren birden çok kişi olduğunda ya da zarar görenin, zararın giderilmesinde hem tazminat hem de ceza amacı söz konusuysa, zarar gören birden çok dava açabilirdi. İşte bu gibi hallerde "davaların yığılması" ya da "davaların

¹⁰³ Rado, s. 181, 185; Umur, Roma Hukuku, s. 391; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 257; Kardeniz Çelebican, Roma Hukuku, s. 250, dn. 162.

¹⁰⁴ Schwind, s. 118.

¹⁰⁵ Rado, s. 180-184; Tahiroğlu/Erdoğan, s. 256.

¹⁰⁶ Erdoğan, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 27.

toplanması" (*kumulativ Konkurrenz, ungehemmte Kumulation*) söz konusu olurdu. Ancak davaların yarışması alanında büyük sorunlar, en çok, aynı taraflar arasında, aynı olay nedeniyle birden çok dava açılmasına cevaz verildiği veya aynı davanın farklı kişiler arasında açılabilirdiği hallerde söz konusu olurdu. İşte bu durumlarda da, davaların yarışması sorunu, bir davanın *litis contestatio*'sundan sonra ikinci davanın açılmasıyla, yani bir davanın diğerini sona erdirici ya da tüketici etkisiyle çözüme ulaştırılırdı. O halde bu durumda da "davaların birbirini tüketerek yarışması" (*Konsumtionskonkurrenz*) söz konusu olurdu. Ayrıca davaların yarışmasının çözüme ulaştırılmasının bu türü içerisinde, taraflar arasında açılabilen davalar ya da davacılar veya davalılar arasında bir seçim yapılabilen "seçimlik yarışma" (*elektive Konkurrenz*) hali de bulunmaktaydı¹⁰⁷.

Davaların yarışmasının çözüme ulaştırılması, her iki davadaki *eadem res*'in niteliğine göre, yukarıda sayılan gruplardan birine girebilirdi. Açılmak istenen ikinci davada *eadem res* için aranan özellikler söz konusu değilse, ilk davanın *litis contestatio*'nun yapılmasıyla diğer davaların ortadan kalkması da söz konusu olmazdı. Ancak "*eadem res*" mevcutsa *litis contestatio* ile bir davanın diğerini sona erdirici veya tüketici etkisi de meydana gelirdi. Örneğin bir kimse *rei vindicatio* ile bir malın mülkiyetini talep edebilirken, aynı zamanda mirasçı durumuna gelirse, *rei vindicatio* ile *hereditatis petitio*¹⁰⁸ arasında *eadem res* söz konusu olabilirdi¹⁰⁹.

Bu konu, birçok ayrıntılı örnek içerirse de, çalışmamızda genel olarak davaların birbiriyle nasıl bir ilişki içerisinde olduğuna değinilecektir.

2. Davaların Toplanması veya Davaların Yığılması (*kumulative Konkurrenz*)

Bir ceza davasının ceza amacının, diğer davaların ceza veya tazmin amaçlarından ayrı bir şekilde gerçekleşmesi gerekiyorsa, davaların yığılması söz konusu olurdu. Davaların yığılmasının tipik örneği, ceza davası olan *actio furti*'yle tazmin amaçlı diğer davalar olan *rei vindicatio*

¹⁰⁷ Kaser/Hackl, 303, 304.

¹⁰⁸ Hereditatis petitio: Miras sebebiyle istihkak davası adı verilen bu davayla, davacı mirasçılık sıfatının kendisine sağladığı hakları talep edebilirdi (Umur, Lügat, s. 81).

¹⁰⁹ Georgiades, s. 16-17; Levy, s. 123 vd.

veya *condictio ex causa furtiva*'nın birlikte açılmasında görülürdü¹¹⁰. Ayrıca *actio legis Aquiliae*¹¹¹ ile cezai nitelikteki diğer davaların açılabilirdi durumlar da söz konusu olabiliyordu¹¹².

¹¹⁰ Günümüz hukukundaki emniyeti suiistimal ve güveni kötüye kullanma suçlarını da kapsayan *furtum* kavramı, Roma hukukunda, daha geniş bir anlama sahipti. Hırsızın suçüstü yakalandığı hallerde çalınan malın dört katına, suçüstü olmayan hallerdeyse çalınan malın iki katına hükmedilirdi. Ceza davası niteliğindeki *actio furti*, bu fiile iştirak eden herkese karşı, ayrı ayrı açılırdı ve bu fiile katılanların her birinden cezanın tamamı istenirdi. Bu dava sonucunda mahkûm olan kimse, *infamis* (şerefsiz) olurdu. *Condictio furtiva*'nın önemi ise, çalınan malın telef olmasında yatmaktaydı. Zira böyle bir durumda *rei vindicatio* açılmazdı. Ayrıca *condictio furtiva*, sadece hırsıza ve onun mirasçılarına karşı açılabilirken, bu hırsızlığa katılan diğer kimselere karşı açılmazdı. Buna karşılık, mağdur her zaman hırsıza veya iyiniyetle de olsa malı elinde bulundurana karşı, *rei vindicatio* açabilirdi. Bu son iki davayı açarak çok kârlı bir duruma geçebilirdi (Rado, s. 186-190; Tahiroğlu, Bülent: Roma Hukukunda Furtum, İst. 1975, s.127-; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 137, 138).

Ulp. D. 13.1.7.1: "Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. ea res facit, ut neque furti actio per conditionem neque condictio per furti actionem consumatur. is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et conditionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem."

Ulp. D. 13.1.7.1: "Actio furti ile kanunun tespit etmiş olduğu ceza istenir. *Condictio* ile ise, malın kendisi geri istenir. Bu sebeple bu davalardan birinin açılması, diğerinin açılmasına engel olmaz. Dolayısıyla; malı çalınanın, *actio furti*, *condictio*, *rei vindicatio* ve *ad exhibendum* davaları açmak hakkı vardır" (Çeviri için bkz. Tahiroğlu, Furtum, s.127, dn. 5).

Ayrıca bkz. *Gai. 4.4; Gai. 4.8; Paul. D. 47.2.55.3*. Bunlara ek olarak şirket ortaklarından biri, müştereken malik olunan herhangi bir mala zarar verirse, *actio pro socio* ve *actio legis Aquiliae* birlikte açılabilirdi. Bu hususta bkz. *Ulp. D. 17.2.47.1; Paul. D. 17.2.48*. Ayrıca ortaklardan biri, *societas'a ait olan bir malı çalarsa*, *actio pro socio* ile *actio furti* açılabilirdi. Bu hususta bkz. *Ulp. D. 17.2.45; Ulp. D. 17.2.51 pr.* (Gönenç, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Şirket Akti (Societas), İst. 2004, s. 128-133).

¹¹¹ *Actio legis Aquiliae*, ilk olarak köle ve sürü hayvanlarına, sonrasında da mallara verilen bütün zararları tazmin etmek için açılan, klasik dönemde saf ceza davası niteliğinde olmasına rağmen, *Iustinianus döneminde karma dava niteliğindeki davadır* (Umur, Lügat, s. 9).

¹¹² *Actio iniuriarum* ile *actio legis Aquiliae* arasındaki ilişki için bkz. *Ulp. D. 47.10.7.1; Lab.-Ulp. D. 47.10.15.46; Ulp. D. 9.2.5.1* ile karşı. *Paul. D. 44.7.34 pr.*; *actio legis Aquiliae* ile *actio furti* veya *condictio furtiva* arasındaki ilişki için bkz. *Pomp.-Ulp. D. 47.1.2.3; Iul.-Cels.-Ulp. D. 9.2.27 pr.*; *Ulp. D. 47.2.27.3* ile karşı. *Paul. D. 47.7.1; Iul. D. 9.2.47; Gai. D.19.2.25.5* (Somer, Pervin: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İst. 2008, s. 107-123).

Ulp. D. 47.1.2.1-2: "Qui iugiter hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit. Idem dicendum, si rapuit et occidit: nam et vi bonorum raptorum et aquilia tenebitur."

Ulp. D.47.1.2.1-2: "Bir köleyi gizlice alıp götürün ve öldüren kişi hırsızlıktan sorumludur, çünkü kaçırmıştır. Aquilia'dan sorumludur, çünkü öldürmüştür. Bu davalardan biri diğerini tüketmez: Aynı şekilde söylenmesi gerekir ki, eğer gasbetmişse ve öldürmüşse zira

Birden çok kimse birlikte bir zarar meydana getirmişse¹¹³, onların her birine karşı ceza davası veya karma dava (*actiones mixtae*)¹¹⁴ açıldığında, davaların yığılması söz konusu olurdu. Böyle bir durumda dava açılacak birden çok kişi bulunduğundan, *Levy*, pasif bir şekilde kişilerin yarışmasından (*passive Personenkonkurrenz*) bahseder¹¹⁵. Yani faillerden biriyle *litis contestatio* yapılması veya birinden alınan zarar miktarı, diğerlerini sorumluluktan kurtarmazdı. Bu duruma örnek olarak da, öldürücü darbenin hangi fail tarafından yapıldığı tespit edilemiyorsa, birden çok kimsenin darbesi sonucunda ölen köle nedeniyle, her bir failin, *lex Aquilia*'ya göre sorumlu olması verilebilir¹¹⁶.

Eğer birden çok kimse, aynı zarar verici olayla zarar görüp, zarar gören bu kimselerin her birinin, ceza davası açmasına olanak veriliyorsa da, davaların yığılması söz konusu olurdu. Böyle bir durumda dava açabilecek birden çok kimse bulunduğu için, *Levy*, kişilerin aktif bir

hem malların gasbindan hem de *Aquila*'dan sorumlu tutulacaktır." (Çeviri için bkz. İpek, Nurcan: Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İst. 2001, s. 11, 112).

Actio vi bonorum raptorum ve ceza davası ilişki hakkında bkz. *Ulp. D.47.8.2.1*; *actio vi bonorum raptorum* ile *actio furti* veya *conductio furtiva* arasındaki ilişki hakkında bkz. *Paul. D.47.8.1*; *Gai. 4.8* ile karşı. *I.4.6.19*; *actio iniuriarum* ile *actio vi bonorum raptorum* arasındaki ilişki hakkında bkz. *Ulp. D.8.4.13-14* (İpek, s. 108-113).

¹¹³ Günümüzde aynı zarardan birden çok kişinin sorumluluğu, sorumlulukların paylaşılması, sorumlulukların toplanması ve sorumlulukların yarışması olarak üç şekilde düzenlenebilir. Sorumlulukların paylaşılması ilkesinde, her sorumlu zarar görene karşı kısmen ve kendi kusurları oranında sorumludur. Sorumlulukların toplanmasında, sorumlulardan her biri, bir diğerinden bağımsız olarak zararın tamamından sorumludur ve birinin zararı tazmini diğerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Sorumlulukların yarışmasındaysa, "tek zarar, tek tazminat" ilkesi gereğince, sorumlulardan her biri zarar tamamen tazmin edilinceye kadar sorumludur. Sorumlulardan birinin zararı karşıladığı oranda diğerleri de sorumluluktan kurtulur. *Eren*, sorumluluk veya taleplerin yarışmasını, müteselsil sorumluluk anlamında kullanmıştır (*Eren*, s. 810, 818).

¹¹⁴ **Actiones mixtae**: *Iustinianus* dönemine gelindiğinde, *actiones mixtae*, yani hem ceza hem de tazminat amacını içinde barındıran davalar görülmekteydi. Ayrıca hem aynı hem de şahsi dava sayılan *actio communi dividundo*, *actio familiae erciscundae*, *actio finium regundorum* da karma davalar arasında sayılmaktaydı (**Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 257; **Umur**, Lügat, s. 15). *I.4.6.16*: "*Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persecuendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persecuendae, quaedam mixtae sunt*". "Bu tasnifi müteakip, bazıları mal talebine (*rei persecutoria*, tazminat), bazıları ceza talebine (*poenalis*) müteallik olan, bazıları da muhtelit (*mixta*) vasıfta davalar tasnifi vardır." (Çeviri için bkz. *Iustinianus Institutiones* (Çev.: **Ziya Umur**), İst. 1968, s. 321).

¹¹⁵ **Levy**, s. 14 ve 476 vd.

¹¹⁶ **Somer, Pervin**: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İst. 2008, s. 86, 87. Bu hususta bkz. *Iul. D.9.2.51.1*; *Ulp. D.9.2.11.2-4*

şekilde yarışmasından (*aktive Personenkonkurrenz*) bahseder¹¹⁷. Buna örnek olarak da, evli ve aile evladı statüsünde bulunan kadına karşı işlenen *iniuria* nedeniyle, bu saldırıdan kadının kocasının, kocasının babasının ve kadının babasının da etkilenmiş sayılması verilebilir. Bu nedenle, kadına karşı yapılan *iniuria* dolayısıyla etkilenen her bir kimseye ayrı ayrı *actio iniuria* açma yetkisi tanınmıştı^{118 119}.

3. Davaların Birbirini Tüketerek Yarışması (*Konsumtionskonkurrenz*)

Davaların birbirini tüketerek yarışmasının en önemli örnekleri, her iki davanın *eadem res'*e sahip olması halinde gerçekleşirdi. Bunlardan ilki, bir davanın *litis contestatio*'nun yapılmasıyla, artık davacının dava hakkının, *ipso iure* sona ermiş olması haliydi. Bir diğeri de, borcun ve dava hakkının *ipso iure* sona ermediği hallerde, *praetor*'un *formula*'ya

¹¹⁷ Levy, s. 14 ve 506 vd.

¹¹⁸ Bu hususta bkz. *Nerat.-Ulp. D. 47.10.1.9; Nerat. D. 47.10.41; Paul. D. 47.10.18.2; Gai. 3. 221. Karş. Paul. D. 47.10.2; I. 4.4.2 (Kaser/Hackl, s. 305; Tahiroğlu, Bülent: Roma Hukukunda Iniuria, İst. 1969, s. 212, 213; Güneş Peschke, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria), Ank. 2014, s. 115)*

Ulp. D. 47.10.1.3: "Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint."

Ulp. D.47.10.1.3: "Bir kişiye yapılan saldırıdan, saldırıya uğrayan kişisel olarak etkilenebilir veya kişi doğrudan saldırıya uğramamakla birlikte, başkaları nedeniyle bu saldırıdan etkilenebilir: Bir kişinin kölesine veya çocuğuna ya da karısına saldırıda bulunulmuşsa, bunlar bizim egemenliğimiz altında olduğundan, bizim sorumluluğumuzdadırlar." (Çeviri için bkz. Güneş Peschke, s. 115).

Ulp. D. 47.10.1.8 (9): Idem ait neratius ex una iniuria interdum tribus ortri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est: et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere. Neratius'un dediğine göre, bir iniuria'dan üç iniuria davası doğar ve bir şahsın iniuria davası diğerininki ile sukut etmez. Meselâ, aile kızı olan karıma iniuria yapılırsa, benim, karımın ve babasının iniuria davası açmak hakkı vardır." (Çeviri için bkz. Tahiroğlu, Iniuria, s. 213, dn. 27).

¹¹⁹ Davaların yığılarak yarışması kapsamında ayrıca, birden çok haksız fiilden bir miktar özel para cezası yani kefarete talep edildiği (*Gai. D. 9.2.32.1*) ve bir sözleşmeden birbirinden bağımsız edimler talep edilebildiği durumlarla (Örn. *Gai. D. 45.2.15*); *rei vindicatio* ile zilyetlik *interciturum*'ları olan *uti possidetis, utrubi, unde vi* ile yarıştığı durumlar (Örn. *Paul. D.44.2.14.3; Ulp. D.41.2.12.1; Pap.D. 43.16.18.1; Ulp. D. 43.17.3.11; Paul. D.43.16.6*) ya da istisnaen, aynı edimin birden çok borç ilişkisi nedeniyle talep edilebildiği haller (Örn. *Iul. D. 44.7.18; Ulp. D. 19.1.10; Ulp. D. 46.1.5; Iul. D. 30.84.5*) incelenmektedir (*Kaser/Hackl, s. 304, dn. 20, 305*).

bir *exceptio rei iudicatae vel in iudicium iudicatae* ekleyerek, dava hakkının sona erdiği durumlardı. Bu şekildeki dava haklarının sona ermesiyle, aynı dava konusu hakkında, aynı davanın bir kez daha açılması engellenmekle kalmaz, aynı zamanda, aynı dava konusuna sahip ve aynı hukuki amaca yönelik olan, başka bir davanın da açılması engellenirdi. Yani sadece "*bis ne sit eadem actio*" etkisini değil de, aynı zamanda "*de eadem re ne sit bis actio*" etkisini de doğururdu¹²⁰.

O halde, bir davanın diğer bir davayı tüketmesi, her iki davanın da "*de eadem re*"ye sahip olmasına bağlıydı. Her iki davanın hangi durumlarda "*de eadem re*"ye sahip olduğu, Romalı hukukçular tarafından ayrıntılı bir şekilde incelenmişti¹²¹. *De eadem re* için, dava taraflarının (*personae*), dava amacının (*idem corpus, id ipsum de quo agitur*) ve dava sebebinin (*causa proxima actionis, eadem causa petendi*) aynı olması gerekirdi¹²².

Yukarıda bahsedilen *ipso iure* veya def'i yoluyla tükenmeye ek olarak, ilk davadan sonra, ikinci davanın açılması hakkaniyete aykırılık oluşturacaksa, *praetor* dolaylı olarak ikinci davanın açılmasına engel olabilirdi. Dolaylı yollardan gerçekleşen dava hakkının bu tükenme türü de, ikinci davanın *denegatio*¹²³ yoluyla engellenmesi veya davalıya *exceptio doli*¹²⁴ tanınmasıyla gerçekleşirdi. Bazen de yargıç *officium iudicis*¹²⁵ yetkisi elverdiği ölçüde¹²⁶, davalının mahkûmiyetini, davacının

¹²⁰ Georgiades, s. 15.

¹²¹ Bu hususta bkz. *Ulp. D.44.2.7.1* ve karşı. *Paul. D. 44.2.7.14*; *Nerat. D. 44.2.7.27*.

¹²² Levy, s. 78 vd.

¹²³ Örn. bkz. *Paul. D. 26.7.8*

¹²⁴ Örn. bkz. *Iav. D.47.2.72 pr.*; *Iul. D. 9.2.47*; *Iul. D. 13.1.14.2*; *Iul. D. 19.1.28*; *Iul. D. 30.84.2*; *Ulp. D. 4.2.14.13 (exc. in factum)*; *Ulp. D. 4.9.3.5*; *Ulp. D. 44.4.4.7*; *Paul. D. 44.7.34.1*.

¹²⁵ **Officium iudicis:** Bir davada hâkimin yetkisini belirtmek için kullanılan ifadedir. Uyuşmazlığı çözüme bağlamakla görevli hâkimin yetkisi, *formula* yargılamasındaki iyiniyet davalarında (*iudicium bonae fidei*), dar hukuk davalarına (*iudicium stricti iuris*) oranla daha genişti (Umur, Lügat, s. 146; Monier, s. 204).

¹²⁶ Örn. bkz. *Ulp. D. 6.1.13*; *Paul. D.5.3.36.2*; *Pomp. D. 47.2.9.1*; *Paul. D. 6.1.58*; *Ulp. D. 9.2.27.11*; *Paul. D. 9.2.18*; *Ulp. D. 13.6.7.1*.

ikinci davadan *ibra*¹²⁷ veya *stipulatio* şeklindeki taahhülle¹²⁸ vazgeçmesi şartına bağlı tutabilirdi¹²⁹.

Davalarının birbirini tüketerek yarışması, yani ikinci bir davanın açılmasının yasaklanması, dava hakkının sadece *ipso iure* veya *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* yoluyla tükenmesiyle gerçekleşmezdi, Ayrıca müteselsil alacaklılık veya müteselsil borçluluk durumdaki kişilerin de "aktif veya pasif bir şekilde birbiriyle seçimlik yarışmasında (*elektive aktive/passive Personenkonkurrenz*)" da kendini gösterirdi. Zira müteselsil alacaklılıkta her bir alacaklı tarafından ya da müteselsil borçlulukta her bir borçluya karşı, tek ve bütün borç (*in solidum*) talep edilirdi. Ancak bütün borç, müteselsil alacaklılıkta, tek bir alacaklıya yapılan ifa veya müteselsil borçlulukta, tek bir borçludan elde edilen edimle sona ererdi. Aynı şekilde müteselsil alacaklılık veya borçluluk durumlarında, klasik dönem Roma hukukunda müteselsil alacaklılardan veya müteselsil borçlulardan biriyle bir kez *litis contestatio* gerçekleşmişse, *de eadem re*'ye sahip bir dava daha açılmazdı¹³⁰. Görüldüğü üzere müteselsil alacaklılıkta, bir alacağı tek bir borçludan talep edebilecek birden çok kişi bulunduğundan, bu kimselerin dava hakları kendi aralarında yarıştırdı. Bu nedenle, bu kimseler arasında "kişilerin aktif bir şekilde seçimlik yarışması (*aktive elektive Personenkonkurrenz*)" söz konusuydu. Müteselsil borçlular arasında ise, "kişilerin pasif bir şekilde seçimlik yarışması (*passive elektive Personenkonkurrenz*)" söz konusuydu¹³¹.

¹²⁷ Örn bkz. *Paul. D. 23.4.12.2*; *Ulp. D. 2.14.10.1*; *Ulp. D.46.2.9 pr.*

¹²⁸ Örn. bkz. *Lab.-Ulp. D. 6.1.13*; *Pomp.-Paul. D. 5.3.36.2*; *Ulp. D.9.2.27.14*.

¹²⁹ **Kaser/Hackl**, s. 307.

¹³⁰ Bu görüşün aksine, *bonae fidei iudicia* kapsamında *eadem res* nedeniyle değil de, alacaklının tatmin edilmesiyle "*Solutionskonkurrenz*" etkisinin daha klasik dönemde de var olduğu hakkında bkz. *Ulp. D. 13.6.5.15*; *Ulp. D. 16.3.1.43*; *Iul. D. 26.7.18.1*; *Pap. D. 45.2.9 pr.*; *Pap. D. 46.1.52.3*. Karş. *Pap. D. 46.1.52.3* (**Kaser/Hackl**, s. 306, dn. 41).

¹³¹ Müteselsil borç, sözleşme, haksız fiil, miras, vasiyet veya kanun yoluyla doğabilirdi. Roma hukukunda sözleşme yoluyla teselsül, *stipulatio* yoluyla yapılırdı. Müteselsil borcun en önemli özelliği, bu borcun *unitas actum* olarak ifade edilen tek bir muameleyle, bir tek borçtan, yani *idem debitum*'dan oluşmasıydı. Borçlular arasındaki teselsülde, alacaklı her bir borçluya tek tek soruyu sorar, ancak borçlulardan her biri, tek bir ağızdan cevap verirdi. Borçlulardan birinin borcu ödemesi veya alacaklının bir borçluya *litis contestatio*'yu gerçekleştirmesi, diğer borçluları da etkilerdi. Alacaklılar arasındaki teselsül ise, alacaklılardan her birinin borçluya borcun içeriğiyle ilgili belirli kalıplara uyan soruyu sormasıyla, buna karşılık borçlunun da, alacaklıların hepsinin sorularından sonra, hepsine birden cevap vermesiyle meydana gelirdi. Alacaklılardan birinin borcu ödemesi veya borçlunun bir alacaklıyla *litis contestatio*'yu gerçekleştirmesi, diğer alacaklılar için de sonuç doğurur-

O halde, klasik dönem Roma hukukunda müteselsil borçlulukta, herhangi bir davalıya karşı dava açmak istendiğinde, davalıların davalarının ya da daha doğru bir ifadeyle müteselsil borçluların, seçimlik (*elektive*) yarışma halinde olduğu görülür. Zira herhangi bir borçluyla yapılan *litis contestatio* sonucunda, alacaklının da dava hakkı tükenmiş olurdu. Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı açmış olduğu davayı kazanmış, ancak, davalı borç ödemekten aciz olduğu için, ona karşı icra gerçekleştirilememişse, diğer müteselsil borçlulara karşı dava açılmazdı. *Iustinianus* dönemindeyse, alacaklının müteselsil borçlulara karşı dava hakkı, ancak tamamen tatmin olmasıyla tükenirdi¹³².

Kişilerin pasif bir şekilde seçimlik olarak birbirleriyle yarışmaları (*elektive passive Personennkonkurrenz*) ise, klasik dönem Roma hukukunda kefilin borcu birinci derece borç olduğundan, asıl borçlu ve kefil arasında da görülmekteydi. Zira esas borç ödenmediği takdirde, alacaklı, isterse borçluya, isterse de kefile başvurabilirdi. Ancak önce kefil takip edilip, sonra alacaklıya dönemezdi. Aynı şekilde M.S. II. yüzyılda İmparator *Hadrianus*'a kadar, bir borç için birden çok kefil bulunması halinde de bunların borcu müteselsildi¹³³. Bazı munzam nitelikteki

du. Yalnız hem alacaklıların hem borçluların teselsülü *stipulatio* yoluyla yapıldığından, bu muamelenin şekilci kalıplarına da uyulmalıydı (**Rado**, s. 97). Günümüzde müteselsil borçluluk, birden fazla borçlunun bütün edimden sorumlu olup, borçlulardan birinin veya bir kısmının borcu ifası gereğince, diğerlerinin de o oranda borçtan kurtulmasıdır. Hukuki işlemde veya kanundan kaynaklanmaktadır. Alacaklının bütün borçlulara karşı olan muhtelif alacak hakları, birbiriyle yarışmaktadır (**Oğuzman/Öz**, s. 452; **Eren**, 1200, 1201; **von Tuhr**, s. 785).

¹³² **Apathy, Peter/Klingenberg, Georg/Pennitz, Martin**: Einführung in das römische Recht, 5. Aufl., 2012, s. 293.

¹³³ Roma'da kişi üzerindeki icranın sertliği ve ayrıntılı düzenlenmiş olmasından başka, aynı teminatın teslimsiz dahi yerine getirilmesi ve bunlara ait kayıtların tutulduğu sicillerin Roma'da bulunmaması, Roma hukukunun her döneminde, şahsi teminatın, aynı teminata tercih sebebinin oluşturmuştur. En eski kefalet şekli olan *sponsio*, sadece Roma vatandaşları arasında, *stipulatio* yoluyla, asıl borçtan hemen sonra yapılırdı. Esas borcun da *stipulatio* şeklinde yapılması gerekirdi. M.Ö. 242 yılından sonra, kefaletin yabancılarla yapılması için *fidepromissio* getirilmişti. Ancak *fidepromissio* da, sadece sözlü borçları teminat altına alıp, asıl borçtan hemen sonra yapılmalıydı. Ticaret hayatının gerektirdiği esnekliği sağlamak için, günümüz hukukunda da kullanılan kefaletin kökeni *fideiussio*'da ise, asıl borcun *stipulatio*'dan doğmasına gerek yoktu ve diğer kefalet şekillerinin aksine, kefilin borcu, mirasçılara da geçerdi. Klasik dönem Roma hukuku boyunca, kefilin borcu birinci derece borçtu. Ancak *Iustinianus*'un M.S. 535'de yayınladığı 4. *Novella* ile, alacaklı, esas borçluya başvurmadan, kefile başvuracak olursa, kefil *beneficium excussionis* def'ini ileri sürebileceğinden, kefilin borcu ikinci derecede borç haline geldi. Bir borç için birden çok

davalarda¹³⁴ veya *noxal* davalarda¹³⁵ da kişilerin dava haklarının pasif bir şekilde birbiriyle yarıştığı görülebilirdi¹³⁶. Ayrıca birlikte mülkiyet sahiplerine karşı açılacak olan¹³⁷ ya da birlikte haksız fiil işleyenler tara-

kefil bulunması halinde, bunların borçları müteselsildi. Ancak MS. II. yüzyılda İmparator *Hadrianus*, artık bütün borç için bir kefile başvurulduğunda, o kefile borcun bölünmesini isteme imtiyazını (*beneficium divisionis*) ileri sürme hakkını sağlamıştı. Böylece birden çok kefilin borcu, kısmi borç haline gelmişti (**Rado**, s. 100-106; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 140-147).

¹³⁴ Roma hukukunda kölelerin yaptığı hukuki işlemlerden elde ettikleri alacaklar efendilerine ait olurken, borçlardan sorumlu olmazlardı. Aile evlatlarının, yaptıkları hukuki işlemlerden elde ettikleri kazanımlar da aile babasına ait olurken, borçlarından bizzat sorumlu olsalar da, kendilerine ait malvarlıkları olmadığı için, icraya geçilemezdi. Ticaret hayatında kölelerle veya aile evlatlarıyla yapılan hukuki işlemlerde güvenin artırılması amacıyla, efendi veya aile reisi tarafından verilen *peculium* miktarı oranında, yapılan hukuki işlemlerden doğan borçlar nedeniyle, bu kimselere *actio de peculio açılabilirdi kabul edildi*. Ayrıca bu kimseler, devamlı bir işin başına getirilmişse *actio institoria*, geminin idaresi verilmişse *actio exercitoria*, belirli bir işin yapılmasıyla görevlendirilmişse *actio quod iussu* olarak, ortaçağ hukukçuları tarafından adlandırılan *actiones adiecticiae qualitatis*, efendiye veya malike açılabilirdi (**Umur**, Roma Hukuku, s. 363, 364, 400-404).

Pomp. D. 44.2.21.4: "Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata."

Pomp. D. 44.2.21.4: "Benim kölem için kefil olduysan ve bana actio de peculio açıldıysa, sonrasında da sana o isimle dava açıldığında, res iudicata ileri sürülür."

¹³⁵ Kölelerin ve aile evlatlarının haksız fiilleri nedeniyle meydana gelen malvarlığı zararlarını, efendi veya aile babası, isterse tazmin ederek, isterse de bu kimseleri zarar görenlere *noxae deditio* ya da *noxae* olarak teslim ederek, borcundan kurtulurdu. *Iustinianus*, aile evlatlarının *noxae* olarak teslim edilmelerini yasaklamıştı (**Umur**, Roma Hukuku, s. 365, 400).

¹³⁶ **Kaser/Hackl**, s. 306.

¹³⁷ Bu durumlar için, *actio in rem* ve *actio in personam* kapsamında birer örnek verilebilir: *actio in rem* kapsamındaki *vindicatio servitutis*'i taşınmaza ilişkin irtifak hak sahipleri, üzerine kuruldukları hizmet eden taşınmaz maliklerinin bu hakları ihlali üzerine açılırdı. Hizmet eden taşınmaz maliklerinden, irtifak haklarının tanınmasıyla, haklarını kullanmaktaki engelleri kaldırmalarını talep ederlerdi. *Actio in personam*'ların kapsamındaki *actio aquae pluvviae arcendae* ile bir kırsal arazi sahibi, kendi arazisinin zararına olacak şekilde yağmur ve dere sularının akış yönünü değiştiren arazi malikine karşı bu davayı açabilirdi (**Kaser/Hackl**, s. 306; **Monier**, s. 11; **Umur**, Lügat, s. 2-4; **Karadeniz Çelebican, Özcan**: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış 4. Basım, Ank. 2008, s. 250).

findan borçlanılan belirli tazminat davalarında¹³⁸ da aynı yarışma hali söz konusuydu¹³⁹.

Kişilerin aktif olarak birbirleriyle seçimlik yarışması (*aktive elective Personenkonkurrenz*), daha doğru bir ifadeyle, kişilerin sahip olduğu dava haklarının aktif olarak seçimlik bir şekilde birbiriyle yarışmasında ise, birden çok birlikte mülkiyet sahibine tazminat veya ceza davası açma yetkisi verildiğinde görülür¹⁴⁰.

Kişilerin değil de, davaların seçimlik yarışması (*elektive Aktionenkonkurrenz*) ise, iki şekilde ortaya çıkabilirdi: birincisi farklı davalarla aynı dava amacına ulaşabiliyorsa¹⁴¹ söz konusu olurdu. İkincisi de aynı olaydan, sadece bir tane gerçekleştirilmesi beklenen, birden çok amaç seçimlik halde bulunuyorsa söz konusu olurdu. Bu duruma örnek olarak da, satıcıların, köle veya hayvan satımında maddi ayıptan sorumlu olmaları verilebilir. Çünkü satıcılar, köle ve hayvan satımlarında kendilerinin bile bilmedikleri gizli ayıplardan sorumlu tutuluyordu. Bunun

¹³⁸ Örneğin hırsızlığın birden çok kişi tarafından işlenmesi halinde, mağdurun zararı biri tarafından karşılandığında, diğerlerine karşı *condictio ex causa furtiva* açılmazdı (Tahiroğlu, Furtum, s. 135). Aynı şekilde birden çok kimse tarafından, zilyetliği elinden cebir kullanılarak alınan kimse, *interdictum unde vi*'ye başvururken; zorla (*vi*) veya haberi olmadan (*clam*) zarar veren veya zarar verme ihtimali olan kimseye karşı da, malik, intifa hakkı sahibi veya kiracı gibi bütün ilgililer tarafından *interdictum quod vi aut clam*'a başvurulabilirdi (Kaser/Hackl, s. 306; Umur, Lügat, s. 93, 94; Monier, s. 139, 140; Karadeniz Çelebican, Eşya Hukuku, s. 130, 131).

¹³⁹ Kaser/Hackl, s.306.

¹⁴⁰ Kişilerin pasif bir şekilde seçimlik yarışmasında verilen *actio aquae pluviae arcendae*, *vindicatio servitutis*, *condictio ex causa furtiva*, *actio furti* burada da dava tarafının değişmesi bakımından düşünülebilir. Ayrıca Roma *populus*'u adına, herhangi bir Roma vatandaşı tarafından açılabilen *actiones populares* de bu kapsamda sayılabilir (Kaser/Hackl, s. 306, dn. 47, 48; Umur, Lügat, s. 16).

¹⁴¹ Örneğin *societas*'ta ortaklar tarafından ortaklık mallarının harcamaları için açılabilen *actio pro socio* ve *actio communi dividundo* arasında, *hereditatis petitio* ile *rei vindicatio* veya taraflar arasındaki hukuki ilişkiye bağlı olan bir davayla *hereditatis petitio* yarıştığında söz konusu olurdu. Aynı amaca ulaşmayı hedefleyen munzam davalar da kendi aralarında yarışabilirdi. Örneğin *actio de peculio* ile *actio quod iussu*'nun yarışmasında olduğu gibi. Keza *noxal* davayla *sine noxae deditione* bu kapsamda yarışabilirdi. Ayrıca bkz. *Paul. D. 17.2.38.1*; *Ulp. D. 17.2.43*; *Pomp. D. 44.2.21.3*; *Ulp. D. 44.2.7.4* (Gönenç, s. 124-128; Levy, s. 123 vd.; 150 vd.). Bunlardan başka örneğin, gemi,han ve ahır işletenler istisna sözleşmesine ek olarak bir de *receptum* anlaşması yapmışlarsa, davalar aynı amacı taşıdığı müddetçe iki davadan biri seçilmeliydi. Aynı şekilde bizzat gemi, han veya ahır işleten hırsızlığı veya mala zarar vermeyi işlemişse, zarar gören, haksız file davası ve *receptum*'a dayanan dava arasında bir seçim yapmalıydı (Söğütü Erişgin, s. 118-120).

için alıcı, ya altı ay için *actio redhibitoria*'ya başvurarak akdi fesheder ya da *actio quanti minoris*'e başvurarak maldaki ayıp oranında semenin indirilmesini talep ederdi¹⁴².

IV. IUSTINIANUS DÖNEMİNDE DAVALARIN YARIŞMASI

Iustinianus döneminde, davaların yarışması alanında köklü değişiklikler olmuştur. Zira klasik dönemde davaların yarışması alanındaki, dava hakkının, *litis contestatio* ile *ipso iure* veya *exceptio rei iudicatae vel in iudicium iudicatae* yoluyla tükenmesi (*Konsumtionskonkurrenz*) sonucunun yerini, dava hakkının, ifayla veya alacaklının tatminiyle tükenmesi (*Solutionskonkurrenz*) sonucu almıştır. *Iustinianus* döneminde, borçlunun borç ilişkisinden kurtulması ve alacaklının dava hakkının sona ermesi, *litis contestatio* ile değil de, davalının borcu kendi isteğiyle, mahkeme hükmüyle veya icra yoluyla yerine getirmesi arasında bir fark olmaksızın, dava sonucundaki ifaya bağlandığından (*Solutionskonkurrenz*), ancak kesin hüküm, *eadem res*'e sahip ikinci davayı engellerdi¹⁴³. Böylece *compilator*'lar davaların yarışması sorununu, usul hukukundan, maddi hukuka taşımışlardı¹⁴⁴.

Klasik sonrası dönemde, *formula* yargılaması yerine geçen *cognitio extra ordinem*¹⁴⁵ usulünde artık *litis contestatio*'nun borcu yenileyici

¹⁴² Örn. bkz. *Iul. D. 44.2.25.1*; *Ulp. D. 21.1.38 pr*; *Gai. D. 21.1.45*; *Pomp. D. 21.1.48.8*. Davalar arasındaki bu yarışma türü, *actio tutelae* ve *actio rationibus distrahendis* arasında da görüldü (*Levy*, s. 134 vd., 143 vd.; *Liebs*, s. 185 vd.; *Kaser/Hackl*, s. 306; *Erdoğan*, Bir Usul Hukuku Kuralı, s. 22). Günümüzde de alacaklı, bazen "bir tek ve aynı amacı" gerçekleştirmek için, kendisine sunulan haklardan sadece birini veya diğerini kullanmalıdır. Burada *von Tuhr*'a göre alternatif yarışma veya "gaye bakımından yarışma" söz konusudur. Ancak yazar burada alacaklının yan yana mı bulunan haklarının olduğunu ya da seçimlik olarak tek bir alacak hakkının mı bulunduğu konusunun incelenmesi gerektiğini belirtir (*von Tuhr*, s. 41).

¹⁴³ Bu hususta *Digesta*'da da "*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*" faslı yerine, sadece "*exceptio rei iudicatae*" faslı yer almaktadır. Ayrıca bkz. *I. 4.13.5* ve karşı. *Gai. 4.106 (Di Marzo)*, s. 129).

¹⁴⁴ *Georgiodes*, s. 17, 18.

¹⁴⁵ İmparator *Augustus*'dan itibaren, Roma'da ve İtalya yarım adasında, bazı durumlarda *formula* yargılaması dışında yeni bir yargılama sistemi uygulanır olmuştur. Ayrıca eyaletlerde de valiler, davayı baştan sona kendileri icra etmekteydiler. Sistem dışı yargılama usulü (*cognitio extra ordinem*), değişen toplum yapısının da ihtiyaçlarını karşılar nitelikteydi. Dava açmak isteyen kimse, bu işle görevli memurlara talebini iletip kaydettirdikten sonra, davalıya yazılı olarak veya ilan yoluyla çağrı yapılırdı. Davalı yargıç önüne gelmese de,

ve yerine *condemnari oportere* borcunu getirici etkisi, klasik dönemdeki işlevini kaybetmişti. Aynı şekilde, *actio* kavramı da, klasik dönemde geçerli olan *formula* yargılaması çerçevesindeki, dava ve maddi hukuk açısından talep hakkı anlamlarından sıyrılıp, klasik sonrası dönemde, artık sadece yükümlü olan kimseden belirli bir davranışın talep edilmesi şeklindeki maddi hukuk anlamını içerir olmuştu. Böylece klasik hukuktaki dava hakkının *litis contestatio* ile sona ermesi kavramı da, onu oluşturan *actio* ve *litis contestatio* anlamlarının değişmesi nedeniyle, anlamını yitirmiş ve yerine "*Solutionkonkurrenz*" yani "alacaklının tatmini yoluyla dava hakkının sona ermesi" çözümü geçmişti¹⁴⁶. *Iustinianus* döneminde getirilen bu değişikle, ilk davanın *de eadem res'e* sahip ikinci davayı ortadan kaldırıcı etkisi, ancak ve ancak, davacının ilk davayla, tamamen alacağına kavuşmuş olmasına bağlıydı¹⁴⁷. Böylece ilk davanın *de eadem re'ye* sahip ikinci davayı *ipso iure* ve *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* ile ortadan kaldırıcı etkisi, *Iustinianus* döneminde esaslı bir değişikliğe uğramıştı. Artık kısmen ya da tamamen aynı amaca sahip bir davanın taraflarında değişiklik varsa veya farklı bir dava aynı ya da farklı kişiler arasında görülüyorsa, artık usuli bir engelle karşılaşmayacaktı. Davacıyı ikinci davadan yoksun bırakma, ancak açtığı ilk davayla alacağını tamamen elde etmiş olmasına

dava, yokluğunda görülürdü. *Litis contestatio*'nun klasik dönemdeki hukuki sonuçları, *Iustinianus* döneminde doğmamaktaydı. Yargıç da, *formula* gibi bir yazılı belgeye bağlı olmadan, kararlarını hakkaniyete uygun bir biçimde veriyordu. Yargıç, *formula* yargılamasının aksine, davalıyı herhangi bir şeye mahkûm edebilirdi. Yargıcın verdiği karara karşı, *apellatio* yoluna başvurulabilirdi (**Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 3312-321).

¹⁴⁶ Örneğin *Gai.* 3,198'de *actio furti* ve *actio servi corrupti*'nin açılmasına imkân verilmemişken, *I.4.1.8*'de, bazı klasik dönem hukukçuları gibi, cezalandırma amacıyla her iki davanın da açılabilceğine, yani davaların yığılmasına karar verilmişti. *Iust.* ile aynı yönde bkz. *Alf. D.* 11.3.16; *Ulp. D.* 47.1.2.-5, *Ulp. D.* 11.3.11.2. Bu durum ilk olarak *Iustinianus* Döneminde *passive doppelte Konkurrenz* olarak kabul edilmişti (**Liebs**, s.45, 46).

Örneğin *actio commodati* ve *actio furti* arasındaki yarışma hakkında bkz. *D.* 47.2.77.1; *Gai.* 3.203; *Paul. D.* 47.2.11; *Ulp. D.* 47.2.10; *D.* 47.2.86; *D.* 13.6.5.15; *CJ* 6.2.22. ariyet alan, hırsızdan çalınan şey ile bir miktar kefaret parası talep ettiğinde, kefaret parasının, malike mi yoksa ariyet alana mı ait olacağı konusunda klasik dönem hukukçuları farklı görüşlere sahip olsa da, *Iustinianus*, tehlikeyi taşıyanın kazançlara da sahip olması gerektiğinden yola çıkan *Papinianus*'un görüşünü izleyerek, kefaretin ariyet alana ait olacağına karar vermiştir. Ayrıca hırsız, ariyet alanın karısıysa, *actio furti*'nin malike mi yoksa ariyet alan kocaya mı sağlanacağı konusu, klasik hukukçular arasında tartışmalıydı. *Iustinianus* Döneminde *actio furti*'yi açma hakkı malike tanınmıştı. Bu örnek de *doppelte Konkurrenz*'e örnek oluşturmaktadır (**Liebs**, s.46-48).

¹⁴⁷ **Georgiodes**, s.18-20; **Schwind**, s. 118.

bağlıydı. Klasik hukuk döneminin aksine, *Iustinianus* döneminde artık ilk davayla alacağını elde etmiş olma, ikinci davayı engelleyici bir rol oynamaktaydı. Bu sonuca ulaşmak için de, klasik dönem kaynaklarında birçok *interpolatio* yapılmıştı¹⁴⁸.

Klasik dönemde, dava hakkının *ipso iure* veya *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* yoluyla ortadan kalkmasına rağmen, *Iustinianus* döneminde alacaklının dava hakkının ortadan kalkmasının, ancak tatmin edilmiş olmasına bağlanmasını gösteren en önemli örneklerden biri, kefilin borcunun müteselsil borç olmaktan çıkmasıydı. Zira *Iustinianus*'un 535'de yayımladığı 4. *Novella* ile alacaklı, esas borçluya başvurmadan kendine başvuran kefile *beneficium excussionis* ileri sürerek, önce esas borçluya başvurmasını isteme hakkını vermişti. Alacaklı esas borçluya başvurduktan sonra, alacağını elde edememiş olsa bile, klasik dönemdeki *litis contestatio*'nun, dava hakkını sona erdirici etkisi söz konusu olmadığından, kefile başvurabilirdi. Ancak bu etkiye, M.S III. Yüzyılın sonunda *Diocletianus*'un bir emirnamesinde de, alacaklının önce esas borçluya başvurması gerektiği anlaşmalarında da rastlanılmaktadır. O halde, *Iustinianus* döneminden önce de artık *litis contestatio*'nun dava hakkını sona erdirici etkilerinin ilk izleri görülmektedir diyebiliriz. Birden çok kefilin bulunması durumundaysa, borcun kefiller arasında bölünmesi imtiyazı istenmemişse, kefil alacağın tamamını (*in solidum*) ödemeliydi. Ayrıca Klasik dönemde *fideiussio indemnitate* ile kefil, alacaklının esas borçludan tahsil ettiği miktardan arta kalanı ödemeyi taahhüt ederdi. Bu kefalet türüyle, *litis contestatio*'nun

¹⁴⁸ *Ulp. D. 13.5.18.3*'de, *litis contestatio*'nun değil de, *solutio*'nun, borçluyu asıl borçtan kurtaracağını göstermesi, dava haklarının sona ermesi meselesinin, maddi hukuka yönelmiş olduğunun bir kanıtıdır (Karadeniz, Özcan: Klasik Roma Hukukunda "Constitutum Debiti", Ank. 1968, 154-160). Ayrıca *I.4.6.19*'da *actio vi bonorum raptorum*'un karma dava olduğu belirtildikten sonra, bu davayla mahkûm olunan miktarın kapsamındaki üç misil ceza miktarına, bir misil ise tazminat miktarına karşılık gelmektedir. *I. 4.6.16-18* ve *Gai. 4, 6-9* karşılaştırıldığında, aslında *actio mixta* kavramının klasik dönemden köklerini aldığı görülür. Ancak mahkûmiyet miktarının bölünmesi *Iustinianus* dönemindeki *interpolatio*'ya işaret eder. Ayrıca bkz. *Ulp. D. 4.2.14.9*; *Gai. D. 39.4.5.1*; *Ulp. D. 3.6.5.1*; *Paul. D.6.1.14*. (Liebs, s. 53-59). Bunlara ek olarak, *rei vindicatio* ile *actio de tigno iuncto* arasındaki yarışma'da *Ulp. D. 47.3.2* ile önceden *actio de tigno iuncto* açıldıktan ve sonra da malzeme herhangi bir şekilde ayrıldıktan sonra onun *rei vindicatio* ile şüphesiz talep edilebileceğini kabul etmişken; *I.2.1.29*'da henüz değerinin iki misli alınmamışsa, istihkakta bulunulabileceğine ve bu şeyler üzerinde *actio ad exhibendum* açılabilceğine karar verilmiştir. Ancak *Gai. D. 41.1.7.10*'da da *Iustinianus Institutiones* ile paralel sonuç yer almaktadır (Liebs, s.50-51).

alacaklının dava hakkını sona erdirici etkisinden kaçınılmak istenmişti. Zira klasik döneme özgü olan *fideiussio indemnitate*'te, kefilele esas borçlunun borcunun konusu, aynı şeyi oluşturmamaktaydı. Ancak *Iustinianus* bu uygulamayı kaldırıncaya, alacaklı, borcun tamamı ödeninceye kadar, borçluyu ve kefilleri takip edebilir hale gelmişti¹⁴⁹.

Klasik dönem Roma hukukunda olduğu gibi, *Iustinianus döneminde de*, sözleşmeden kaynaklanan davalarla, *actio legis Aquiliae* yarışabilirdi¹⁵⁰.

Kesin hükmün negatif etkisi, aynı uyumsuzluk konusu hakkında bir daha dava açılmamasıydı. Klasik dönemde, *litis contestatio* ile tanınan bu özellik, *Iustinianus* döneminde kesin hükümle gerçekleşirdi¹⁵¹.

Iustinianus döneminde fazla talep yasağı da yumuşatılmıştı. Zira klasik dönem Roma hukukunda, davacı, sahip olduğu haktan fazlasını talep ettiğinde, dava hakkını kaybederdi. Ancak *Iustinianus* döneminde, davacı gerçek hakkından fazlasını talep ettiğinde, dava hakkını kaybetmez, hâkim, davalıyı, gerçekte ne kadar ödemesi gerekiyorsa ona ve uğramış olduğu zararların belli bir miktar katını ceza olarak ödemeye mahkûm ederdi. Hatta davacı kötü niyetli bir şekilde fazla talepte bulunduyorsa, davalıyı beraat ettirirdi¹⁵². Son olarak belirtmek gerekir ki, davacının, yargılama sırasında davasını değiştirme hakkı olsaydı, bir-

¹⁴⁹ *Iustinianus* ve *Kompilatorlar*, maddi hukuka yönelmiş olan kefalet ve müteselsil borçluluktaki davaların yarışması hakkındaki sorunları, klasik dönem usul hukuku kuralları içinden çıkan olaylarla çözmeye çalışmışlardı *Digesta* metinlerinde *stipulatio* yoluyla meydana gelen müteselsil borçlu olan kefilele alacaklının veya birlikte kefillerin dava hakkının tükenmesi, *ipso iure* veya *exceptio rei iudicatae vel in iudicium iudicatae* meydana gelirdi. C.8.40.28'den anlaşıldığı üzere 531 yılında, birlikte kefiller arasında, dava hakkının *litis contestatio* ile tükenmesi de sona ermiş oldu ve alacaklının tatmin olmasını hedefleyen bir dava hakkının tükenmesi anlayışı (*Solutionkonkurrenz*) düzenlenmiş oldu. Bundan sonra, *Iustinianus* kefillik hakkında, *beneficium excussionis* (aksine bir anlaşma yapılmadıysa, kefilin borcu ikincil borçtur) ileri sürebilme yetkisi vermesiyle de, kefalet hukukunda davaların yarışması ilkesi düzlüğe erişmiş oldu (Liebs, s. 38-45; Tahiroğlu, Bülent: "Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet", İÜHF 1976, C. XLII, S. 1-4, s. 334, 335, 338, 339; Umur, Lügat, s. 73).

¹⁵⁰ Örn bkz. *Ulp. D. 9.2.7.8; Ulp. D. 9.2.27.34; Paul. D. 9.2.18; Iul. D. 9.2.42; Gai. D.13.6.18.1* (Çağa, Tahir: Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschem und schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Zürich, 1939, s. 43, 44).

¹⁵¹ Kaser/Hackl, s. 499.

¹⁵² Türkoglu Özdemir, s. 262, 263.

çok dava yarışması sorunu da meydana gelmezdi. Ancak davacı, *formula* yargılaması usulünde, *praetor* kendisine dava hakkı verdikten sonra, yine sadece *praetor* tarafından *restitutio litis* yoluyla değişiklik yapabildi. Bu yola ise, sadece istisnai hallerde başvurulabilmekteydi¹⁵³. Ancak *cognitio extra ordinem* usulünde bu zorluklara son verilmişti. Zira *Iustinianus döneminde*, *davacı konu, yer ve sebep üzerinde bir talepte bulunmuşsa bunları düzeltebilirdi. Plus petitio* durumunda dava hakkını kaybetmezdi. Sadece bu nedenle davalıya verdiği zararın üç katını ceza olarak ödemeliydi¹⁵⁴.

SONUÇ

Roma hukukunda bir kimsenin hakkını adalet mercileri önünde savunması, ona bir dava hakkı tanınmış olmasına bağlıydı. Bir kimse ya *ius civile*'ye dayanarak ya da *ius civile*'de yer almasa bile, gelişen hukuk anlayışı kapsamında, *ius honorarium* kapsamında dava hakkı verilmesiyle, yargı makamlarına başvurabilirdi. Roma hukukunda her hakkın talebine yarayan genel bir *actio* bulunmamaktaydı. Her hakkın elde edilmesini sağlayan birbirinden farklı birçok *actio* bulunduğundan, bir uyuşmazlık halinde, bir kimseye birden çok dava hakkı tanınabilirdi. Belirtilen bu dar anlamda davaların yarışmasının dışında, aynı davanın birden çok kişi tarafından veya birden çok kişiden birine açılması halini içeren geniş anlamda davaların yarışması hali de bulunmaktaydı. Bu kapsamda, müteselsil alacaklılık veya borçluluk hallerinde de, alacağın bir kimse tarafından talep edilmesi ya da borcun bir kimse tarafından yerine getirilmesiyle, diğer kimselerin dava hakkı da sona ermiş olurdu. Keza bir uyuşmazlıkta, sorumluların birden çok olması halinde, bir sorumluya karşı başka bir dava, diğer sorumluya karşı da başka bir dava açma hakkı tanınabilirdi.

Klasik dönemde *litis contestatio*'nun borcu yenileyici ve sona erdirici etkisi nedeniyle, aynı dava konusuna sahip yeni bir dava açılmazdı. Yani *litis contestatio*'nun dava hakkını sona erdirici etkisi bulunmaktaydı. Ancak bir borcun ve dava hakkının *ipso iure* birlikte sona ermesi, ancak *iudicium legitimum* kapsamında açılan, *intentio in ius concepta*'lı *actio in personam*'lar için söz konusu olurdu. Yani bu davalarda, borç ve dava

¹⁵³ Bkz. Ulp. D. 14.3.13 pr.; Ulp. D. 14.4.9.1; Ulp. D. 14.5.4.5.

¹⁵⁴ Bkz. I. 4.6.35; Gai. 4.55; Gai. 4. 53; Paul. D. 9.4.4.3 (Liebs, s. 59, 60; Di Marzo, s. 129; Umur, Roma Hukuku, s. 640).

hakkı birlikte sona ererdi. Ancak diğer tüm davalarda, yani *actiones in rem*, *actiones in factum* ve *iudicia quae imperio continentur* kapsamında açılan tüm davalarda, *eadem res*'e sahip ikinci bir davanın açılmaması, yagıcın *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* tanınmasına bağlıydı. *Eadem res*'den söz edebilmek için, her iki dava aynı hukuki sebebe (*causa*) ve aynı hukuki amaca sahip olmalıydı. *Actio in personam*'larda davanın hukuki sebebi (*causa*), *obligatio*'ya denk gelmekteyken, *actio in rem*'de de aynı hakka denk gelmekteydi. *Eadem res*'in bir diğer unsuru olarak aynı amaçtan anlaşılması gereken, her iki davanın tazmin veya ceza amacı gütmesiydi. Zira bir dava tazmin, diğer dava da ceza amacı güdüyorsa, davaların yığılması söz konusu olurdu. Ancak unutmamak gerekir ki, *eadem res* konusu, davaların dar anlamda birbiriyle yarışması açısından önemliydi.

Davaların birbiriyle yarışma problemi, klasik dönem Roma hukukunda, ya davaların yığılarak veya toplanarak yarışması olarak ifade edilen, her bir davanın açılabilmesiyle ya da davaların birbirini tüketerek yarışması olarak ifade edilebilen, açılan bir davanın kendisinden sonra açılacak diğer davayı sona erdirmesiyle çözüme ulaştırılırdı.

Davaların yığılarak birbiriyle yarışması (*kumulative Konkurrenz*), bir ceza davasıyla başka bir ceza veya tazmin amacı güden davanın birlikte açılmasında, birden çok kimsenin bir zararı meydana getirmesi sonucunda, her birine karşı ceza davası açılabilmesinde veya birden çok kimse bir olay nedeniyle zarar gördüğünde, bu kimselerin, zarar veren kimselere, ceza davası açma yetkisi olduğunda medyana gelirdi.

Davaların birbiriyle bir diğer yarışma şekli olan davaların tüketerek birbiriyle yarışmasıysa (*Konsumtionskonkurrenz*) ilk olarak her iki davanın *eadem res*'e sahip olması halinde, yani dar anlamda davaların birbiriyle yarışmasında söz konusu olurdu. Davaların birbirini tüketerek yarışmasına giren diğer haller de (*elektive Konkurrenz*), birden çok dava açabilecek kişi bulunduğu, bir davanın *litis contestatio*'sunun yapılmasıyla diğer alacaklıların dava hakkının sona ermesiyle ya da birden çok dava açılacak kişi bulunması hallerinde, biriyle *litis contestatio* yapıldıktan sonra, diğer kimselere karşı dava açılmamasında da görülürdü (*Personenkonkurrenz*). Davaların birbirini tüketerek yarışmasının içerisine, aynı amaca farklı davalarla ulaşılabilmesinde veya farklı amaçlara sahip olsa da, bir olay nedeniyle davacıya seçimlik olarak bir-

den çok dava açma hakkı verilmişse söz konusu olurdu (*elektive Aktio-nenkonkurrenz*).

Iustinianus döneminde, dava haklarının yarışması köklü bir değişikliğe uğramıştı. Klasik dönem Roma hukukunda, *litis contestatio*'nun dava hakkını sona erdirici etkisi, *Iustinianus* döneminde, borçlunun ifayı kendiliğinden, mahkeme hükmü veya icrayla gerçekleşmesi arasında bir fark gözetilmeksizin, alacaklının tatmin olmasıyla (*Solutionkonkurrenz*) gerçekleşirdi.

KAYNAKÇA

- Apathy, Peter/Klingenberg, Georg/ Pennitz, Martin:** Einführung in das römische Recht, 5. Aufl., 2012.
- Çağa, Tahir: Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschem und schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Zürich, 1939.
- Di Marzo, Salvatore (Çev. Ziya Umur):** Roma Hukuku, İst. 1954.
- Dunand, Jean-Philippe/Pichonnaz, Pascal:** Lexique de droit romain, Bâle 2006.
- Erdoğan, Belgin:** Bir Usul Hukuk Kuralı Bis De Eadem Re Ne Sit Actio, İst. 1988 (Anılış: Bir Usul Hukuk Kuralı).
- Erdoğan, Belgin:** Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, 2. Baskı, İst. 2008 (Anılış: Latince Teknik Terimler).
- Erdoğan, Belgin:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İst. 2014 (Anılış: Borçlar Hukuku).
- Eren, Fikret:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ank. 2015.
- Gaius Institutiones Borçlar Kısmı (Çev. **Türkan Rado**), İst. 1953.
- Georgiades, Apostolos:** Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1968.
- Gönenç, Fulya İlçin:** Roma Hukukunda Şirket Akti (Societas), İst. 2004.
- Güneş Peschke, Seldağ:** Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria), Ank. 2014.
- Heumann, H./Seckel, E.:** Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, 10. Aufl., Graz, 1958.
- Iustinianus Institutiones (Çev.: **Ziya Umur**), İst. 1968.
- İpek, Nurcan: Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İst. 2001.
- Kabağaç, Sina/ Alova, Erdal:** Latince Türkçe Sözlük, İst. 1995.
- Karadeniz, Özcan:** Klasik Roma Hukukunda "Constitutum Debiti", Ank. 1968.
- Karadeniz Çelebican, Özcan:** Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar, Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onüçüncü Basım 2008 (Anılış: Roma Hukuku).
- Karadeniz Çelebican, Özcan:** Roma Eşya Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış 4. Basım, Ank. 2008 (Anılış: Eşya Hukuku).
- Kaser, Max:** Das Römische Privatrecht, Das Altrömische, Das Vorklassische und Klassische Recht, C.I, 2. Aufl., München 1971.
- Kaser, Max/Hackl, Karl:** Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996.
- Kaser, Max/Knütel, Rolf:** Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014.

- Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret:** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzm. 1993.
- Levy, Ernst:** Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen Römischen Recht, Band I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1918, Berlin 1964.
- Liebs, Detlef:** Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe, Göttingen 1972.
- Monier, R.:** Petit Vocabulaire de Droit Romain, 3e éd., Paris 1942.
- Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Bası, C. II, İst. 2013.
- Rado, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İst. 1978.
- Schmidin, Bruno/Cannata, Carlo Augusto:** Droit Privé Romain II, Obligations, Successions, Procédure, 1987.
- Schwarz, Andreas B. (Çev. Türkan Rado):** Roma Hukuku Dersleri, C. I, 7. Bası, İst. 1965.
- Schwind, Fritz:** Römisches Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes, Wien 1950.
- Somer, Pervin:** Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İst. 2008.
- Söğütlü Erişgin, Özlem:** Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ank. 2002.
- Tahiroğlu, Bülent:** Roma Hukukunda Iniuria, İst. 1969 (Anılış: Iniuria).
- Tahiroğlu, Bülent:** Roma Hukukunda Furtum, İst. 1975 (Anılış: Furtum).
- Tahiroğlu, Bülent:** "Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet", İÜHFM 1976, C.XLII, S. 1-4, s.323-340.
- Tahiroğlu, Bülent:** Roma Borçlar Hukuku, İst. 2000 (Anılış: Borçlar Hukuku).
- Tahiroğlu, Bülent/ Erdoğmuş, Belgin:** Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, İst. 2009.
- von Tuhr, Andreas (Çev. Cevat Edege):** Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.I-II, 2. Baskı, Ank. 1983.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe:** Roma Usul Hukukunda "Plus Petitio" Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ank. 2004.
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynakalar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İst. 1974 (Anılış: Roma Hukuku).
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügatı, İst. 1983 (Anılış: Lügat).
- Yağcıoğlu, Ali Haydar:** Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Mütessesil Sorumluluğu, Ank. 2014.

