

ROMA HUKUKU'NDA *CAPITIS DEMINUTIO* (*)

Çev: Dr. G. Burcu GÜNVEREN (**)

Capitis deminutio kavramı, modern hukukçular tarafından çok ayrıntılı olarak ele alınıp tartışılmış olsa daş bu kavramın anlamına ilişkin olarak henüz bir mutabakattan söz edilemeyeceği gibi, hukuk kaynaklarındaki bazı metinlerin neden olduğu güçlüklerin üstesinden gelindiği de söylene-
mez. Öne sürülen bunca tez varken aralarından herhangi birinin, diğerine nazaran daha çok kabul gördüğünü söylemek şüphelidir. Ayrıca klasik hukukçuların dili belirsiz ve muğlak olduğu için, bu güçlüklerle ilgili genel kabul görmüş çözümler öne sürmek de pek olası değildir. Ancak elbette ki çözüme yönelik bu girişimi yarıda bırakmak da gereksizdir. Bu noktadan hareketle; bu makalede bu konuyla ilgili bir-iki noktayı kısaca yeniden incelemek ve bu zamana kadar neredeyse hiç ele alınmamış bir teori ile ilgili tez önermek istiyorum.

İlk olarak, *caput* sözcüğünün anlamını belirlemek önemlidir. Bilindiği üzere, ilkel toplumlarda hukuki terimler çok fazla değer görmezdi. Soyut düşünceler ya da kavramsal fikirler hemen hemen hiç kullanılmamıştı veya bunlar kolaylıkla ifade edilemezdi. Bu nedenle soyut kuralların henüz oluşmamış anlamlarını açıklamanın basit ve açık karakterleri temsil eden sembollerin benimsenmesi ile olduğu düşünülüyor. İlk Romalılarda bu tür sembollerin çok çeşitli olduğundan söz etmek mümkündür, en çok kullanılan iki kavram da *manus* ve *caput*'tur. "El" anlamına gelen "*manus*" hakimiyet ve mülkiyet (*potestas* ve *dominium*) kavramlarını ifade etmek için kullanılırken; "baş" anlamına gelen *caput* ise öncelikle birey kavramını (*homo* vb.) ve elbette ki buna bağlı olarak bireyin devlet ya da aile sınırları içindeki özgürlüğünü nitелеmek için kullanılmaktadır.

(*) Makalenin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. GOUDY, H., "*Capitis Deminutio in Roman Law*", 9. *Juridicial Review*, 1987, s. 132-142.

(**) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı.

Mommsen'in da özellikle belirttiği gibi¹ *caput* sözcüğünün mecazi anlamı Roma tarihinin ilk dönemlerinde ortaya çıkıyor. Öncelikle, kamu hukukuyla bağlantılı olarak *civitas* anlamına gelen kavram, öznel bağlamda devlet bünyesinde bireyin özgürlüğünün temsil edilmesini bir başka ifadeyle, bireyin vatandaşlık haklarını kullanabilme ehliyetini ifade ediyor. Roma vatandaşı olmayıp, Roma'da ikamet edenler aslında *caput* sahibi değildirler. Köleler ve sıradan *peregrini*'ler bu konumdadırlar. Bunu anlatan özdeyiş de şöyledir: “*Servus nullum caput habet*”. “*Iudicium capitis*” kavramı birisinin vatandaşlık hakkını kapsayan bir dava olarak tanımlanırken, “*poena capitis*” de birini bu haktan mahrum eden ceza olarak bilinir. Yaşam ya da özgürlük kavramları da bu dava veya ceza dâhilinde olabilirdi ancak bu çok önemli değildi çünkü zaten vatandaşlık hakkını yitiren kişi özgürlüğünü de kaybetmiş sayılırdı. *Ius gentium* bir sistem olarak kabul edilinceye kadar Roma hukukunda *libertas* ile *civitas* arasında net bir ayrım yapılmadı. İkinci önemli nokta da özel haklar kapsamında *caput*'un, bir bireyin bağımsızlık durumu ya da bir başka kişinin “*ius*” ya da “*potestas*”ına tabi olmaktan kurtulma (*sui iuris*: kendi hukukuna tabi olma) anlamına gelmesidir. Bu da, sonuç olarak, *agnatio* ve *gentilitas*'ın haklarından faydalanma ehliyeti anlamına gelir. Bu iki önemli noktadan hangisinin daha eski olduğunu söylemek imkânsızdır; ama büyük ihtimalle devletin “*gentiles*”den ibaret olduğu döneme aittir. Roma vatandaşı olması nedeniyle kamu hukuku karşısında *caput*'a sahip olan birisi, bir başka kişinin “*potestas*”ına tabi olduğu durumda özel hukuk karşısında *caput*'a sahip olmayabilir (örneğin, *filius familias*) ama bunun tersi durum söz konusu değildir.

Bana kalırsa, “*capitis deminutio*” ifadesi aslında yukarıda bahsi geçen anlamlara gelen *caput*'un kaybolmasıdır. Bazen öne sürüldüğü gibi herhangi bir azalma ya da eksilme durumundan bahsedilmez; bu durum her zaman için *caput*'un kaybolması olarak bilinir². Vatandaşlığın (*civitas*) yitirilmesi

¹ Mommsen, “Römisches Staatsrecht,” iii. s. 8.

² Burada daha önce olduğu gibi, Mommsen'in izinden gidiyorum. Kelimenin “*deminutio*” olarak mı yoksa “*diminutio*” olarak mı telaffuz edilmesi gerektiği tamamen sözlük biliminin irdeleyeceği bir konu, o yüzden ben bu konuya girmiyorum. “MMS” bu konuda farklılık gösteriyor. Mesela *Gaian Codex*'de her iki sözcüğe de rastlıyoruz. Ancak “*deminutio*”nun en eski kullanım olmasından dolayı en iyi fikir de bunu kullanmak olacaktır sanırım. Ayrıca “*deminutio*” ile “*diminutio*”nun arasında anlamsal yönden de hiçbir farklılık yoktur. Klasik hukukçulara göre “*minutio*” sözcüğü sıklıkla “*deminutio*”nun eş değeri olarak kullanılıyor. Heineccius'un önerisine göre (Antiq. Rom. Synt., i. 16, sec. 1) “*caput*” sözcüğü çok eski zamanlarda bir vatandaşın isminin *ensor*'un listesine gidiğine delalet

capitis deminutio magna'yı oluştururken özel hukukla ilgili bağımsızlığın yitirilmesi ise *capitis deminutio minor*'ü^a teşkil eder. Cumhuriyet'in son zamanlarında ya da İmparatorluğun ilk dönemlerinde hukukçular, teorik simetri tutkuları ve üçlü sınıflandırmalara olan düşkünlükleri sonucunda *capitis deminutio*'nun kökenini geliştirdiler ve bunu insanlarla ilgili yaptıkları sınıflandırmayla paralel olarak üç grupta incelediler. Bunlardan ilki; (1) *capitis deminutio maxima* (ya da *magna*) birisinin özgürlüğünü kaybettiği durumlarda görülür; (2) *capitis deminutio media* (ya da *minor*) ise birisinin özgürlüğünü yitirmediği ama vatandaşlığını kaybettiği durumlarda görülür; (3) *capitis deminutio minima* ise özgürlüğünü (*libertas*) ve vatandaşlığını (*civitas*) muhafaza eden birisinin *familia*'dan kaynaklanan haklarını yitirmesi halidir. *Capitis deminutio maxima*, diğer ikisini de kapsayan bir türdür ve *capitis deminutio media* da üçüncüyü içine alır^b. Hukukçular büyük ihtimalle, *ius civile* ile *ius gentium* dahilindeki hakları yok edecek şekilde özgürlüğün kaybedilmesinin, *ius gentium* haklarını hiç etkilemeden ancak *ius civile* (vatandaşlar hukuku) kapsamındaki hakların yitirilmesi ile sonuçlanan vatandaşlığın kaybolmasına nazaran daha büyük bir *capitis deminutio* olduğunu düşünüyor. Yineliyorum, bu sınıflandırma eski hukuk sistemine yabancı olabilir zira bu hukuk sistemi, *ius Romanorum*'un bir parçası olarak *ius gentium*'u göz ardı ederdi. Ayrıca *Iustinianus* hukukunda, *Caracalla*'nın düzenlemesinden sonra özgürlük ve vatandaşlık kavramlarının hemen hemen eş kapsamlı olmasından sonra sahip olduğu önemi büyük ölçüde kaybetti. Bunun yanı sıra; *manus* ve *mancipium* sebebiyle üyesi olunan ailenin değişimi tamamen terk edildi ve hâkimiyetten çıkarma ile evlat edinmenin biçimi ve etkisinin, özünde değişikliğe uğraması da bu konuda etkili oldu.

Caput sözcüğüyle yakından bağlantılı olan iki kavram daha vardır. Bunlardan birisi *status*; diğeri de *existimatio*'dur. *Status* kavramı, Dr. Hunter'ın ortaya attığı ve kişinin "sahip olduğu en geniş alan" anlamına gelen bir terimdir. Genel anlamda, bir bireyin sahip olduğu durum ya da koşulu anlatmak için kullanılan bu kavram, klasik hukukta *caput* sözcüğüne eş anlamlı

etmek üzere kullanılırdı ve ismin silinmesi halinde bunun "*capitis deminutio*" olduğu söylenirdi.

^a Bir *paterfamilias*'ın *adrogatio* yoluyla evlatlık alınması muhtemelen *capitis deminutio minor*'ün ilk örneğidir.

^b Inst. i. 16; Dig. iv. 5, fr. 11. Klasik dönemdeki hukukçular yukarıda bahsettiğimiz terminolojiye sıkı sıkıya bağlı kalmazlardı. Mesela bu konuyla ilgili olarak Dig. 38, 17, 1, 8'e bakınız. Onların diline bakarak kesin olarak şöyle bir sonuca varıyoruz; temelde sadece iki tür *capitis deminutio* vardı.

olarak kabul edilir; her halükarda bu sözcüğün özel hukukta kullanımı vardır^a. Mr. Poste, *Gaius*'taki metnin (i. 158) açıkça *capitius deminutio minima*'dan bahsettiği bölümde *capitius deminutio* sözcüğünü *status*'un kaybı olarak çevirmiştir^b. *Existimatio* sözcüğü ise, bazı durumlarda, genel olarak *caput* ve *status*³ sözcüklerine eş değer kabul edilip bu bağlamda kullanılsa da, aslında bunlardan farklıdır. Genel anlamda kişisel saygınlık ve onur (*bona fama*) anlamına gelen sözcük, hukuk bağlamında her vatandaşın sahip olduğu hakların ve ayrıcalıkların toplamını ifade etmek için kullanılır⁴. Kişisel bir davranıştan dolayı yaşanan şeref kaybına (*infamia*) işaret eden *existimationis minutio* kavramı, vatandaşlık haklarının kanuni yaptırım yoluyla büyük ya da küçük çapta kayıplara uğramasını da kapsar. Kısacası, yasal yaptırımı da beraberinde getiren ahlaki yaptırım anlamına gelir⁵. Ancak *existimatio*'nun kaybı illa ki *caput*'un da yitirilmesini kapsayacak diye bir durum söz konusu olmadığı gibi bunun aksi de geçerli değildir. *Iustinianus* bunu açıkça şöyle ifade eder; “*Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; et ideo Senatu motum capite non minui constat*” (Inst. i. 1,16, 5)¹.

Bir bireyin *capitis deminutio maxima* ve *media*'ya uğradığı durumlar yeterince açıktır ve çok az zorluk barındırır. Bunların özgürlük ve vatandaşlık haklarının kaybı ve tamamen kaybolması anlamına geldikleri ise tartışma konusu olmaz. Ancak bu durum *capitis deminutio minima*'dan farklıdır. Bilindiği üzere, *capitis deminutio minima*'nın hangi olaylarda ve kimler için vuku bulduğu konusunda klasik hukukçular arasında oldukça fazla tartışma yaşandı. İlk olarak Savigny'nin (Niebuhr'un izinden giderek) karakteristik diyalektik becerilerini kullanarak geliştirdiği ve öğrettiği öğretiyi başlayabiliriz. Savigny'e göre; diğer iki sınıflandırma gibi, *capitis deminutio minima*, *in deterius* durumda olan bir bireyin hukuki ehliyetinde görülen değişikliği içerir. Bir başka deyişle, kendi hukukuna tabi olan birisi (*sui iuris*) baba

^a Kuntze, “Excuse” s. 369, *status* sözcüğünün *caput*'la ilişkisini *potestas* ile *manus* arasındaki ilişkiye benzetir.

^b Poste, “*Gaius*”, s. 113. 158. başlıktaki notunun yanlış anlama üzerine kurgulandığını düşünüyorum.

³ Dig. L. 16, fr. 103'e bakınız; Cicero, *pro Roscio*, viii. 31, ve ix. 32, *caput*'un *existimatio*'nun yerine kullanıldığı bölüm; Tertull., *de Spectac.*, 22.

⁴ *Digesta*'da “*dignitatis illaesa status*” olarak tanımlanır (Dig. L., 13, 5, 1).

⁵ Greenidge'in s. 5'teki seq. “*Infamia in the Roman Law*” adlı bölüme bakınız.

¹ “Durumu değil de rütbesi değişmiş olan kimseler de *capitis deminutio*'ya çarptırılmış sayılmazlar: mesela *senatus*'dan çıkarılmış kimse, *capitis deminutus* değildir”. Çeviri için bkz. *Iustinianus, Institutiones* (çev. UMUR, Z.)

hâkimiyetine girebilir (*alieni iuris*) veya *in potestate* ya da *in manu* olan birisi, *in causa mancipii* durumuna geçebilir. Hukuki ehliyetinde görülen bu azalma durumu, bir *pater familias*'ın *adrogatio* yoluyla evlat edinilmesi durumlarında ya da kendi hukukuna tabi olan (*sui iuris*) bir kadının, *cum conrentione in manum* olarak evlenmesi halinde, açıkça belli olur. Kendisini *adrogatio* yoluyla evlat edinen kişinin ya da kocasının hâkimiyeti altına giren ve böylelikle önceki *caput*'larını kaybeden bu kişiler, hukuksal açıdan öncekinden çok daha kötü durumdadırlar^a. Ancak evlatlık alınan *filiusfamilias*'ın durumunda bu konum bu derece açık değildir. Konuyla ilgili metinlerde ifade edilenler ışığında; bu kişi hiç şüphesiz *capitis deminutio*'ya uğrar ancak sadece bir *patria potestas*'tan diğerine geçerdi. Savigny, *Paulus*'un *Digesta*'da (iv. 5. 5, 1) sunduğu sebepler ışığında bu durumu şöyle açıklar; bir erkek çocuğu evlat edinirken onu ilk olarak *in causa mancipii*'ye yerleştirmek gerekir ve bu kişinin "*in imaginariam servilem statum deductus*" olması lazım gelir. Hâkimiyetten çıkarma uygulaması da aynı şekilde açıklanır. Hâkimiyetten çıkarma uygulamasıyla, bir başkasının hâkimiyeti altında olan (*in potestate*) bir çocuk, kendi hukukuna tabi konumuna (*sui iuris*) gelir ve böylelikle bu çocuğun hukuki ehliyeti kötüye gitmez, tam tersi gelişir. Ancak bu çocuğun hâkimiyetten çıkarılması için ilk olarak, evlatlık alınan çocuk gibi, *in servilem statum*'a geçmesi gerekir. Bu açıklamalar, evlat edinme ve hâkimiyetten çıkarma uygulamalarındaki *capitis deminutio* durumu ile bağlantılı olarak tatmin edici olmuştur. Ancak bu uygulamaların, *adrogatus*'un çocukları ve *cum manu* olarak evli olan bir *filiusfamilias* için başvurulduğu durumlarda zorluk baş gösterir; zira bu durumlarda bir ön *status servilis* uygulaması yoktur. *Adrogatio* yoluyla yapılan evlat edinme işlemiyle ilgili olarak *Paulus*'un *Digesta*'da (Dig. iv. 5. 3. pr.) şöyle bir sözü vardır: "*Liberos qui arrogatum parentem sequuntur placet minui caput cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint*". *Adrogatio* yoluyla evlatlık alınmış birinin çocukları *paterfamilias* ile birlikte bir çeşit külli halefiyetle evlat edinen kişinin hâkimiyeti altına girerler ve bu durum da *adrogatio* yoluyla evlat edinme işlemiyle gerçekleşir. Ancak Savigny bunu istisnai bir durum olarak görür ve *Paulus*'un benimsemediği, hukuki bir fikirden öte bir anlam taşımayan *placet* sözcüğünü metinde görünce de *adrogatus*'un

^a Metinlerde *capitis deminutio* ile hiçbir yerde ilişkilendirilmese de, klasik hukuktaki *probatio causae ex lege Aelia Sentia* ve *erroris causae probatio* gibi ya da Post klasik hukukta *potestatem propter ingratitudinem*'deki *legitimatio* ve *revocatio* gibi diğer haller bazen meydana gelebilir.

çocuklarının *capitis deminutio* uygulamasından geçmelerinin yerleşik bir öğreti olmadığını öne sürer. Savigny ayrıca *cum manu* olarak evlenen bir *filiāfamilias*'ın *capitis deminutio*'ya maruz kaldığı fikrini de kabul etmez; halbuki *Gaius* (i.162) ve *Ulpianus*, genel olarak *caput* kaybının *coemptio* yoluyla yapılan evliliğin bir sonucu olduğunu iddia ederler. Savigny'nin iddiaları ile ilgili çok ayrıntılı bilgi sunmadım ama genel olarak Savigny'nin öne sürdüğü gerçeklere Puchta^a ve Vangerow^b daima karşı çıktılar. Zira hem yukarıda bahsi geçen metinlerle hem de hukuk kaynaklarında belirtilen diğer delillerle bu iddiaların tutarlı olmadığını gördüler. Ancak günümüz yazarları arasından da kendilerine çok fazla destekçi bulamadılar^c. Kanaatimce *Paulus*'dan alıntılanan metinde geçen “*placet*” sözcüğü, hukukçuların genel kanaatinin yansıması olarak yorumlanmalı. Bunun yanında, *Gaius*'un *coemptio* ile ilgili yetersiz ifadesi de mazur gösterilemez.

Puchta'nın bakış açısına göre; klasik hukuktaki *capitis deminutio minima* kavramı öyle ya da böyle *familiae mutatio* (*familia* tarafından agnatik aile) anlamına geliyor ve vatandaşlık statüsünde herhangi bir değişikliğe uğramamış ancak akrabalık soyundan gelen aile ilişkisindeki haklarını yitirmiş her kişide bu uygulama görülebilir. Şimdiye kadar bahsedilenler hep *Paulus*'ün metni ile uyumlu gidiyor. Orada da gözlemlenebileceği gibi; *Paulus*, *familia*'daki değişimi, *adrogatus*'un çocuklarının *capitis deminutio*'ya maruz kalması temelinde değerlendirir. Puchta'nın ifadesi geçerliliğini koruyor ve genel olarak da Savigny'ninkinden çok daha memnun edici duruyor. Ayrıca bu, *Gaius*'un “*prioris status permutatio*” tanımına da uyuyor. Ancak bu teori de kimi ciddi zorluklarla karşılaşılıyor. *Caput*'un yitirilmesinin en önemsiz olduğu hallerle, daha ciddi olduğu iki hal arasında yapılan anlamsız ayırımın yanı sıra, metne yönelik de bazı itirazlar geliyor. *Confarreate* sayılan evlilikte dünyaya gelen bir çocuk, *flamen Dialis* unvanını aldığı anda ya da bir *filiāfamilias*, *virgo vestalis* vazifesiyle alındığında, erkek evlat ve kız evlat bu işlemler sonrasında kendi hukukuna tabi (*sui iuris*) bireyler olurdu. *Gaius*'un ve *Ulpianus*'ın da açıkça belirttiği gibi, *flamen* ve *vestal virgin* vazifelerine baktığımızda herhangi bir hâkimiyetten çıkarma işlemi geçirmeden *patria potestas*'tan kurtulduklarını görüyoruz. *Ulpianus*'a göre; “*In potestate parentum esse desinunt et hi qui flamines Diales inaugurantur*

^a “Kursus der Instit.,” ii. 469

^b Pandekten, i. Sec. 34, anm 1.

^c Savigny'nin teorisi Poste tarafından benimsendi, *Gaius*, sf. 119. C. IX, NO.2.

et quae virgines Vestae capiuntur.^a. Ancak her iki durumda da *capitis deminutio* durumunun olmadığı aynı derecede kesindir. *Gaius* (iii.114) ve *Aulus Gellius* (N. A. i. 12, 18) bu hususu bize ispatlamaktadır^b. Puchta ve onun teorisini benimseyenler^c, *flamen*'lerin ve Vesta rahibelerinin *ipso iure* olarak *patria potestas*'tan kurtulduklarını kabul ederken aynı zamanda ya bunların gerçek anlamıyla aile durumunda değişikliğe yol açan agnatik ailelerinden ayrıldıklarını kabul etmeyi reddediyorlar ya da bütün bu durumları usulsüz olarak değerlendiriyorlar. Ancak *flamen*'lerin ve Vesta rahibelerinin agnatik ailelerinin değişmediğine yönelik tezi savunmanın zor olduğunu düşünüyorum; zira otorite her yönüyle buna karşıdır^d. Aile haklarının temeli *patria potestas*'ta yatar; ailenin kendine özgü kuralları ile agnatik bağları aynı anda sona erdirmedikçe kimse *patria potestas*'tan çıkamaz.

Puchta'nın teorisini genel manada kabul eden Muirhead'e göre; *flamines* ve Vesta rahibeleri her türlü aile haklarından yoksun kaldılar; ama Muirhead aynı zamanda onların Tanrı'ya adanarak kutsal bir aileye girdiklerini de ekliyor^a. Ancak bu açıklama yine de sorunsuz değil. Hukuki açıdan *divine family* (kutsal aile) gibi bir kavram yok; ama bu varsayım, *capitis deminutio* kavramı hariç tutularak *mutatio familiae* kavramından söz edebiliriz. Elbette ki bütün bu durumlar genel kurala yönelik istisna durumlardır^b ama mümkünse böyle bir açıklamadan kaçınılmalıdır^c.

Caput'u bir bireyin *status*'u olarak ya da *familia*'nın başı (*proprio iure*) olarak görmeyen veya bu tür bir *familia*'nın hür üyesi olarak değerlendirmeyen Böcking^d'in teorisi gibi, Puchta'nın teorisinden çok az farklılıklar taşıyan başka teoriler de var ama ben onlardan çok bahsetmiyorum.

^a Ulp., Frag. X, 5.

^b Hıristiyan imparatorların yönetimi altındayken, belli başlı değerlerin taşınması da benzer etkiye sahipti. Selden'e göre, "Ad Fletam Diss.," C. Viii. Sec. 3, I. Edward zamanında, İngiltere'de bir tartışma hüküm sürüyordu ve bu tartışma bağlamında rahiplik rütbesinden yoksun olan bir kişinin *capite minutus* olup olmadığı ele alınırdı.

^c Moyle, "Justinian's Institutes", 1. bölüme bakınız.

^d Savigny, yukarıya bakınız; Mommsen, R.S.R. iii. 43, Madvig, "Verfassung und Verwaltung des R.S.," ii. 675, 676'ya bakınız.

^a Muirhead, "Historical Introduction to Roman Law", s. 128

^b Aul. Gell., yukarıya bakınız.

^c Voigt (xii. Tafeln, ii. Sf. 26 n) bunları *ius*'tan ziyade *fas*'a ait olmak diye açıklar ve *capitis deminutio*'nun *fas*'la ilgili konularda uygulanmadığını söyler. Ama bu, sadece bir iddiadır.

^d Böck. Pand., sec. 58.

Bana kalırsa, en makbul teoriyi Mommsen öne sürdü. Ona göre; *capitis demunituio minima*, özel hukuk çerçevesinde bir kişinin diğerine tabi olmasıyla, önceki *status*'unu kaybetmesi anlamına geliyor. Bu teoriyi kabul ettiğimizde öne çıkan zorluklar yok olmasa da azalıyor. Mommsen'e göre özel hukuk bağlamındaki *capitis deminutio* şöyle açıklanabilir: “*der Uebertritt des privatrechtlichen freien Mannes in privatrechtliche Unreithheit oder auch des privatrechtlichen unfreien Mannes in eine andere privatrechtliche Unfreiheit.*”^e. Bu yüzden de hukuki muamele ile bir başkasının hakimiyeti altına girmiş olan vatandaşlar, *capitis deminutio minima*'ya maruz kalırlar. Bu kişilerin altına girdikleri hakimiyetin *patria potestas*, evlilikle ilgili olan *manus* ya da köle benzeri *mancipium* olması bir şey değiştirmez. Bu teoride tartışmaya açık tek nokta *alieno iuri subiecti* ile ilişkilidir çünkü doğrusu onların kaybedecekleri *caput*'ları da yoktur^a. Fakat *capitis deminutio* kavramını ilk olarak *sui iuris* kavramıyla sınırlandırdığımızı varsayarsak, bunu, adeta muhtemel *caput*'u olanları da kapsayacak şekilde biraz daha genişletebiliriz. Hukukçuların aklındaki en belirgin düşünce, bir yabancıya itaat etme durumudur. Hür vatandaşın yaptığı *capite deminutus*'tur (bu noktada bir *familia*'nın üyesi olarak önceki konumunun ne olduğu hiç önemli değildir). Başka bir deyişle; gerekli olan tek şey, kalıcı olsun ya da olmasın, bir başkasının yetkisine tabi olma durumudur. Bu türlü bir tabi olma durumu olmadan ailede değişiklik görüldüğü takdirde *capitis deminutio*'dan da bahsedilemez. Bunu görülebilecek birkaç olay çerçevesinde inceleyelim. Doğal ya da hukuki yolla soybağının kurulduğu *paterfamilias*'ın ölümü ya da *filia familias*'ın Vesta rahibesi olarak kutsanması veya *filiusfamilias*'ın *flamen* olarak kutsanması, *patria potestas*'ı sona erdirse de (ayrıca son iki örnekte agnatik bağını da koparsa) *caput* kaybına sebep olmaz; çünkü *ius alienum*'a tabi olma durumu söz konusu değildir^b. Ancak bir diğer yandan, *adrogatio* yoluyla gerçekleşen evlat edinme işleminde, hem evlatlık alınan kişi, hem de onun çocukları söz konusu olduğunda bu tür bir kayıptan bahsedilebilir çünkü bu kişiler *adrogatio* işlemi sonucunda evlatlık alan kişinin hakimiyeti altına giriyor

^e Röm. S. R., iii. s. 9.

^a *Alieni iuris* olan hür kişilerin kölelerle tezat oluşturacak biçimde *caput in familia*'ya sahip oldukları söyleniyor; deyim yerindeyse onların da olanak dâhilinde *caputları* var. Cf. “*noxa caput sequitur*” kavramının kullanımı.

^b Roma *colonia*'sındaki bir *filiusfamilias*'ın vatandaşlığa gönüllü olarak girmesi bir başka durumdur.

ve ona tabi oluyorlar^c. Alacaklısına bağımlı ve maddi anlamda aciz durumda bulunan, haliyle de *causa mancipii*'ye giren bir borçlunun durumuyla meşrulaştırılan bir çocuğun durumu da aynıdır. Bu yüzden de *filiusfamilias*'ın hâkimiyetten çıkarılmasında asıl önemli nokta geçici olarak *mancipium*'un oluşturulmasının hazırlayıcı aşama olmasıdır çünkü böylelikle bir başkasının yetkisine tabi olma denenmiş olurdu. *Filiusfamilias*'ın evlatlık alınması da hâkimiyetten çıkarma işlemiyle aynı şekildedir; aralarındaki tek fark hakimiyete tabi olmanın iki kere yaşanmasıdır. *Filius* ilk olarak satılır, bunun ardından da hakimiyete tabi olur. Yine aynı şekilde, *cum manu* evlilikte, *sui iuris* ya da *filiusfamilias* olan kadın, evlilikten sonra kocasının *manus*'una tabi olur ve böylelikle de *caput*'unu kaybeder. Ya da kocası tarafından *in manu* olma durumundan azat edilen bir kadından da bahsedebiliriz. Bu durumda, evlilik *coemptio* yoluyla gerçekleşmişse, *manus*'un bozulması da ancak kişinin yeniden satışıyla mümkündür ve bu da *in causa mancipii*'yi gerektirir. *Confarreatio* yoluyla yapılan evliliğin bozulmasıyla ilgili yol gösterici hiçbir metin ya da belge yoktur. *Gaius*'un döneminde *confarreatio* işlemi artık *quoad sacra* dışında *manus* kurmuyordu. Bütün bu durumlarda tabi olma durumu geçerliliğini korumaktadır^a. Ancak elbette ki bu üç durumda da *caput*, sadece özel haklara ilişkin olarak kaybedilirdi; kamu hukuku kapsamında bir kayıp olmazdı.

Günümüz yazarlarının bazıları, *capitis deminutio* öğretisini özenle tartışıyorlar ve gözlemediğime göre henüz hiçbirisi yukarıda bahsi geçen teoriyi benimsememiş olsa da konuyla ilgili ışık tutacak noktalara değindiler^b. Özellikle de Max Cohn ve H. Krüger konuyla ilgilendiler ve öğretinin tarihiyle ilgili yeni görüşleri ustaca ele aldılar. Ancak bu yazımda bu görüşleri tartışmayacağım. Onlara göre *capitis deminutio* ifadesinin kullanımı *capitis deminutio minima*'yla sınırlandırılmıştır; yani bir kişinin *familia*'sıyla olan

^c Bu ayrıca *Paulus*'un *Digesta*'da bulunan cümlesinin açıklaması da olabilir (iv. 5, fr. 3), ve buna göre de *adrogatus*'un çocukları *adrogatio* yoluyla evlatlık alındıktan sonra *capitis deminutio*'ya maruz kalırlar, "*cum in aliena potestate sint.*"

^a *Gaian MS.*'in (i. sec. 162) söylemeye çalıştığı gibi; sadece bir kölenin azat edilmesi işlemi *emancipio* tek başına *capitis deminutio*'ya sebep olmaz. Buna göre de, *Gaius*'un metni Huschke'nin önerileri doğrultusunda bazı değişikliklerden geçmelidir. Ancak bu metnin kelimesi kelimesine ele alınması gerektiğini varsayarsak Cohn'un da öne sürdüğü gibi (Beitrag, ii. 110 sq) bu durum Puchta'nın teorisine karşı güçlü bir iddia olacaktır.

^b *Capitis deminutio* 'nun *magna* ve *minor* olarak ikiye ayrılmasının kuramını benimseyen Voigt'e bakınız (xii. Tafeln, ii. 73); Pernice, Labeo, i. s. 173; H. Krüger, *Geschichte der Capitis Deminutio*, C. i. (Breslau, 1887); Cohn, *Beitrag zur Bearbeitung des Röm Rechts*, Heft ii. s. 41-400.

bağının değişimi anlaşılır. Ayrıca İmparatorluğunun ilk zamanlarına kadar buna *caput*'un vatandaşlık veya özgürlük bağlamında yitirilmesi için başvuruluyordu. Fakat Krüger'e göre, *capitis deminutio minima*, aslında satılarak devredilen kişinin hayat şartlarının, köleye benzer bir hale gelmesiyle sonuçlanacak şekilde, kalıcı ya da geçici olması fark etmeksizin, bir kimsenin *mancipatio* yoluyla devrinde uygulanıyordu. Krüger, tezini temellendirmek için eski hukuktaki kölelikle ilgili ayrıntılı ve kapsamlı incelemeler yürütüyor ve günümüzde egemen olan öğretilere yerinde eleştiriler getirirken, aynı zamanda, bunlarla ve *legis actiones* ile ilgili yeni teoriler öne sürmektedir. Neyazık ki, Krüger'in bu ilginç çalışmasının ikinci cildi henüz yayınlanmamıştır.

HENRY GOUDY