

## ROMA HUKUKUNDA HAMİLE KADIN KÖLENİN ÇOCUĞUNUN (PARTUS ANCILLAE) HUKUKSAL YAZGISI HAKKINDA \*

*On the Legal Fate of the Child of the Pregnant Female Slave (Partus  
Ancillae) in Roman Law*

Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN \*\*

### ÖZET

Günümüz özel hukuk düzenleri, sağ ve tam doğum koşuluyla her insanı hukuken kişi olarak kabul etmektedir. Roma hukukunda ise insanlar arasında ayırım yapılmakta ve çeşitli statüler dikkate alınarak, bir kısmına hukuken kişilik tanınmaktadır. Bu statülerden birisi bir insanın özgür olup olmamasına göre şekillenmekteydi ve buna göre köle hukuken kişi olarak kabul edilmezdi. Ayrıca eşya hukuku ve borçlar hukuku bağlamında taşınır mal olarak görülen kölenin sahibi, köle üzerinde her türlü hukukî işlemi yapabiliyordu. Roma hukukunda kölenin insani özelliği göz ardı edilerek ona hukuken eşya gözüyle bakılması, kölenin insan olması gerçeği karşısında bir takım çelişkilerin doğmasına neden olmuştur. Bu çelişkilerden birisi, hukuki bir işleme ya da sınırlı bir aynî hakka konu olan kadın köleden bu esnada doğan çocuğun (*partus ancillae*) hukuki yazgısının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Köle kadının çocuğu, intifa hakkı, semere, kazandırıcı zamanaşımı, iyiniyetli zilyet.

---

\* Doçentlik sınavı nedeniyle Prof. Dr. Belgin Erdoğan'na zamanında teslim edilemeyen bu makale, Sayın Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a ithaf edilmiştir.

\*\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ozlem.sogutlu@yahoo.com.tr).

**ABSTRACT**

Modern private law systems grant that under the conditions of being born alive, every human being has legal personality. In the Roman law, however, the human beings were distinguished and considering certain status, some of them were recognized as legal persons. One of those status formulated regarding to the liberty of a human being and accordingly a slave did not have a legal personality. Furthermore slave, who was considered as a movable thing (*res mobile*) under the property law and the law of obligations, was object of any transaction of his master. In Roman law, ignoring the humanity of slave and considering him as a thing causes some contradictions in the face of the fact that the slave was a human being. One of those contradictions rises in the matter of determining the legal fate of the child born to a female slave (*partus ancillae*) who was object of a transaction or a limited right in rem.

**Keywords:** A child born to female slave, usufruct, fruit, *usucapio*, possessor in good faith.

**1. Sorunun Ortaya Konulması**

Hangi varlıkların kişi sayılacağına hukuk düzeni karar verir. 19. yy.'da ulaşılan, her insanın "kişi" sayılacağı ilkesi, günümüz özel hukuk düzenlerinin temel ilkelerinden birisidir. Günümüz özel hukuk düzenlerinde, herhangi bir istisna olmaksızın, her insan tam ve sağ doğmak koşuluyla, kişi sayılmaktadır. Daha önceki yy.'larda her insanın kişi sayılacağı ilkesine ulaşamamış, hukuk düzenleri, toplumsal, kültürel ve ekonomik gereksinimler doğrultusunda insanlar arasından ayırım yaparak, sadece bir kısmına kişilik tanımıştır<sup>1</sup>.

Roma hukuku, insanlar arasında ayırım yaparak, bir bölümüne kişilik tanıyan, onları hukuken kişi olarak kabul eden, diğerlerini ise farklı bir hukuksal konuma tâbi tutan hukuk sistemlerinden biridir. Günümüz batı dillerinde kişi anlamına gelen kelimelerin etimolojik kökenini, Latince *persona* kavramı oluşturmaktadır. *Persona*, eski çağ tiyatro dilinde, sahnede rol alan aktörün, aldığı role göre söz söylemek amacıyla yüzüne taktığı

---

<sup>1</sup> Kaser, *RPR I*, s. 112; Umur, *Ders Notları*, s. 153.

maskedir. *Persona*, insanların hayat sahnesinde oynadıkları hukukî rolü belirtmek amacıyla, hukuk alanında kişi anlamında kullanılmıştır<sup>2</sup>.

Roma'da *ius civile*'ye göre kişi sayılmak için *persona* yani insan olmak yetmez, ayrıca bazı *status*'lara da sahip olmak gerekir. Bir insanın hukuk düzeni içindeki yerini belirleyen *status*'lar, *status libertatis* (özgürlük durumu), *status civitatis* (yurttaşlık durumu) ve *status familiae* (aile durumu) olmak üzere üçe ayrılmaktadır<sup>3</sup>.

*Status libertatis* (özgürlük durumu) bağlamında insanlar, özgürler ve köleler olmak üzere ikiye ayrılmış; özgürler diğer iki koşulu (yabancı olmamak, baba egemenliği altında bulunmamak) da taşımak kaydıyla kişi sayılmış, köleler ise mal olarak kabul edilmiş ve kölelere Roma'nın hiçbir döneminde kişilik tanınmamıştır<sup>4</sup>.

Roma'da köle doğulur ya da köle olunurdu. Bir insanın doğumla köle olup olmayacağını belirleyen anne idi; babanın durumu göz önüne alınmazdı. Genel kurala göre, köle kadının doğurduğu çocuk annenin hukuksal konumunu izler ve annenin malikine (efendisine) ait olurdu<sup>5</sup>. Özgür bir erkek ile köle kadın arasındaki evlenme yasal bir evlilik olarak kabul edilmediği için çocuk köle olarak doğardı. Köle bir erkek ile özgür bir kadından doğan çocuk ise özgür olarak kabul edilirdi<sup>6</sup>. Buna göre, özgür bir anneden doğan<sup>7</sup> çocuk özgür, köle bir anneden doğan çocuk ise köle idi. Klasiklerce geliştirilen ve İmparatorluk Dönemi'nde varlığını sürdüren *favor libertatis* (özgürlük lehine) kuralı gereğince, hamilelik sırasında bir an bile özgür olan kadının çocuğunun özgür olacağı kabul edilmiştir<sup>8</sup>. Bunun

<sup>2</sup> Oğuzoğlu, s. 51; Villey (Çev. Tahiroğlu), s. 69.

<sup>3</sup> Schwarz, A. (Çev. Türkan Basman), s. 226.

<sup>4</sup> Umur, *Ders Notları*, s. 154-156; Honig (Çev. Şemseddin Talip), s. 51-52.

<sup>5</sup> Watson, s. 335.

<sup>6</sup> Giffard, n<sup>o</sup>. 354.

<sup>7</sup> Roma hukukunda da -koşulları taşımak kaydıyla- insanın kişiliği doğumla başlar ve ölümle sona ererdi. Doğum gerçekleşmeden önce, çocuk (cenin) annenin vücudunun bir parçasıdır (*mulieres portio est vel viscerum*). Roma hukukunda, günümüz hukuklarına yabancı olarak bir de doğanın, ucube veya garibeye benzememesi (*ad nullum declinans monstrum vel prodigium*), insan biçiminde olması gerekirdi. Günümüzde kabul edilen esasa göre, insana insan niteliğini veren biçim değil, bir insandan doğmuş olmaktır. İnsandan doğan, insana benzemese dahi, bir insan tarafından dünyaya getirildiği anda kişilik kazanır.

<sup>8</sup> Di Marzo (Çev. Umur), s. 35-36.

yanında, eğer kadın, özgür iken hamileliği sırasında köle konumuna düşmüş ise bu durumda da çocuk özgür olarak doğardı<sup>9</sup>.

Kendisini köle olarak sattıran 20 yaşından büyük Roma vatandaşı; başkasının kölesi ile ilişkiye giren ve kölenin sahibinin kölesi konumuna gelen Romalı kadın; ölüme, kürek cezasına veya gladyatör oyununa mahkum olanlar, cezaları nedeniyle köle olurlardı<sup>10</sup>.

Roma'da köleliğin başlıca sebebi, doğum<sup>11</sup> ya da ceza nedeniyle kölelik değil, savaş tutsaklığıdır. Savaş tutsakları köle olurdu.

Kölelik kurumunu meşrulaştırmaya çalışan *Cicero*'ya göre, köleliğin kökeni savaşlardır, savaşı kazanan taraf, kaybedeni öldürme hakkına sahip olduğuna göre, hayatlarını bağışlayarak onları köle konumuna getirme hakkına evleviyetle sahiptir<sup>12</sup>. Bu nedenle, kölelik, yabancılar hukukuna (*ius gentium*) aittir ve meşrudur<sup>13</sup>. Nitekim, savaş tutsaklarını öldürmek yerine, onları köleleştirerek ekonomik yaşamın bir parçası haline getirmek, sadece Roma'ya değil, bütün Antik dünyaya egemen olan bir ilke idi ve bu olgu, Antik hukuklarda benzer bir biçimde düzenlenmişti<sup>14</sup>. Roma vatandaşı da esir düşerse köle olurdu. Ancak, esaretten kurtulur ve Roma'ya dönerse, sanki hiç esir düşmemiş gibi, özgürlüğünü ve haklarını (*ius postliminii*) elde ederdi. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında çıkarılan *Cornelia* Kanunu gereğince, esareti sırasında ölmüş olan Roma vatandaşı, esir düştüğü anda ölmüş varsayılırdı<sup>15</sup>.

Kölelik, Roma'nın kuruluşundan yıkılışına değin var olan bir kurumdur. Çünkü, köleler, Roma'nın hem tarımsal yapısında hem de ticaretin geliştiiği daha sonraki dönemlerinde vazgeçilmez unsur olmuşlardır. Roma'nın eski hukuk döneminde ve tarıma dayalı Roma ailesinde, sayıları az olan köleler,

<sup>9</sup> Schulz, s. 81-82.

<sup>10</sup> Di Marzo (Çev. Umur), s. 37-39; Honig (Çev. Şemseddin Talip), s. 54-55.

<sup>11</sup> Doğum yolu ile nüfus artışının gerçekleşmesi, sadece doğumların sayısının fazlaşmasına değil, aynı zamanda doğan çocuğun büyümesine olanak tanıyan fiziksel ortamın ve düzgün aile ilişkisinin varlığını da gerektirir. Bu şartlar kölelerde bulunmadığı için, kötü ve ilkel şartlar altında dünyaya gelen köle çocukların yaşama şansı da fazla olamıyordu (Bozkurt, s. 92; Koschaker/Ayiter, s. 75).

<sup>12</sup> Bkz. Oğuzoğlu, s. 55. *Cicero*, köleliğin meşru olduğunu savunmakla birlikte, kölelerine insanca muamele etmiştir.

<sup>13</sup> Mosca (Çev. Özyörük), s. 537; Gai. Ins. 1.52.

<sup>14</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt, s. 65 vd., özellikle s. 66-67; Tahiroğlu, s. 521-522.

<sup>15</sup> Schwarz, A. (Çev. Türkan Basman), s. 238-239.

aile evlâtları ile aynı şekilde *pater familias*'a hizmet ettikleri için, aileden kabul edilmişlerdi. Ancak, Cumhuriyet Dönemi'ndeki Pön Savaşları sonucunda Roma Devleti'nin sınırları genişlemiş ve tutsaklık nedeniyle kölelerin sayıları artmıştır<sup>16</sup>.

Bu dönemden itibaren köleler, bedava ya da çok ucuz emek olmaları nedeniyle, özellikle tarımsal ürünlerin elde edilmesinde kullanılmaya başlanmış ve bu durum, köleleri önemli bir üretim aracı konumuna getirmiştir<sup>17</sup>.

*Principatus* döneminde ise köleler, hem ticaret yaşamının hem de tarımsal yaşamın ayrılmaz bir unsuru haline gelmiş ve köleler üzerindeki hukuksal işlemler, Roma yaşamında özel bir öneme sahip olmuştur<sup>18</sup>. Bu dönemde savaşlar yoluyla genişlemenin sona ermesi, köle sayısında azalmaya, kölelerin değerinde de artışa yol açmıştır. Romalılar hem topraklarında hem evlerinde köleleri çalıştırmış, hem de ticarî yaşama köleleri aracılığıyla katılmışlardır. Romalılar, kölelerin, Sicilya tarlalarında kol gücünden, bağcılık ve zeytincilikte uzmanlıklarından, felsefe ve retorik alanında bilgilerinden yararlanmışlardır. Hatta, doktorluk, avukatlık gibi fikrî emeği gerektiren meslekler dahi köleler tarafından icra edilmiştir. Çünkü, Romalılar nezdinde, bu tip hizmetlerden ücret talep etmek hoş değildi ve bu meslekleri yapan özgür bir Roma yurttaşı ücret almaz, sadece farklı bir yargılama usulüne göre takip edilen ve *honor* olarak adlandırılan şeref ücreti talep ederdi<sup>19</sup>.

Köleler, özgür insanların hizmetinde, mal gibi kullanılan insanlardı. Köleler, hakkın sahibi değil, ancak hakkın konusu olabilirlerdi. Köleler mal statüsünde oldukları için, şahıs olarak kabul edilmiyorlardı. Köleler şahıs sayılmadıkları için, hak sahibi olamaz, borç altına giremez, davalı ve davacı olamaz, miras bırakamaz, ailesi ve vatani olamazdı. Köleler arasında evlilik söz konusu olamazdı. *Contubernium* olarak adlandırılan cinsiyete dayanan birleşmeleri hayvaninkilerle eş konumda görülmekte idi<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Kaser, *RPR I*, s. 112-113. Bu dönemde İtalya Bölgesi'nde 7,5 milyon insan yaşadığı, bunun 3 milyonunun ise köle olduğu kabul edilmektedir (Behrends, s. 418).

<sup>17</sup> Molnár, *BIDR 92/93*, s. 546; Tahiroğlu, s. 523.

<sup>18</sup> Molnár, *Sodalitas*, s. 2228-2229.

<sup>19</sup> Umur, *Ders Notları*, s. 157.

<sup>20</sup> Schwarz, A. (Çev. Türkan Basman), s. 227-228; Koschaker/Ayiter, s. 75; Di Marzo (Çev. Umur), s. 39.

Hukuken şahıs olarak kabul edilmeyen köleler, gerek eşya hukukunda gerekse borçlar hukukunda taşınır mal olarak görülürdü. Bu nedenle kölenin sahibi (efendi=*dominus*) köle üzerinde her türlü hukukî işlemi (satım, kira, bağışlama, rehin, sınırlı aynî hak kurma vb.) yapabiliyordu. Aynı şekilde, efendi, kölenin şahsı üzerinde de mutlak bir tasarruf yetkisine sahipti. Efendinin köle üzerindeki bu egemenliği *dominica potestas* olarak adlandırılırdı. Köle, üzerindeki bu egemenlik hakkının ortadan kalkması durumunda özgürlüğünü elde edebilirdi. Bu ise, kölenin efendisi tarafından azat edilmesi ile mümkündü. Azat edilen köle, özgürlük ile birlikte Roma vatandaşlık hakkını da elde ederdi<sup>21</sup>.

Köleler, hukuksal anlamda şahıs sayılmamakla birlikte, insandı ve özgür Romalıların onların işgücüne gereksinimleri vardı. Romalılar, tarımsal ve ticarî ilişkilerini, fikrî ve bedenî emeklerine gereksinim duydukları köleleri aracılığıyla yürütmüşlerdir. Roma hukuku, bir yandan kölenin insan olmasını bir tarafa bırakarak, ona hukuken eşya gözü ile bakmış; öte yandan, bir insanın eşya olarak görülmesindeki çelişkiyi aşamadığı için de, kölelerin hukukî işlem yapabileceklerini ve suç (*delictum*) işleyebileceklerini kabul etmiştir.

Hukuken eşya olarak görülen kölenin, insan olması nedeniyle ortaya çıkan diğer bir çelişki, hukuksal bir işleme ya da sınırlı bir aynî hakka konu olan kadın köleden bu esnada doğan çocuk (*partus ancillae*<sup>22</sup>) bağlamında ortaya çıkmaktadır.

*Partus ancillae*, felsefî, hukukî, dinî ve iktisadî fikirlerin bir araya geldiği bir sorunsaldır.

Hamile kadın kölenin, semerelerden<sup>23</sup> de yararlanma hakkını sağlayan hukuksal ilişkilerden (hâsılat kirası, intifa hakkı ya da rehin hakkı gibi)

<sup>21</sup> Tahiroğlu, s. 524; Honig (Çev. Şemseddin Talip), s. 52-53.

<sup>22</sup> Roma hukuku metinlerinde erkek köle "*servus*", "*homo*" ve "*mancipium*"; kadın köle "*ancilla*"; çocuk köle ise "*puer*" kelimeleri ile ifade edilmektedir [Honig (Çev. Şemseddin Talip), s. 52].

<sup>23</sup> Semere (*fructus*), ana maldan belirli zamanlarda elde edilen ürünlerdir. Semereler, doğal semereler (*fructus naturales*) ve hukukî semereler (*fructus civiles*) olmak üzere ikiye ayrılır. Doğal semereler, doğa gereği belli aralıklarla ana maldan elde edilen yeni mallardır. Hayvanların yavruları, ineğin sütü, koyunun yünü, ağaçların meyveleri, daha geniş anlamda madenler ve kölenin hizmeti gibi (Erdoğan, *Eşya Hukuku*, s. 13 ve dn. 39). Hukukî semereler ise hukukî işlem sonucunda bir maldan elde edilen gelirdir.

birinin konusu olması ya da annenin mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımı yolu ile elde edilmesinin söz konusu olması durumlarında, hukuken mal olarak kabul edilen anne kadın kölenin bu esnada doğurduğu çocuğun (*partus ancillae*) mülkiyeti kime ait olacaktır?

- Annenin malikine mi?

- Semere sayılıp aradaki hukuksal ilişki gereğince anne köleden yararlanana mı?

- Farklı bir çözüm mü?

Bu soruya yol açan sorun, ilk olarak intifa hakkı bağlamında ortaya çıkmıştır.

## 2. İntifa Hakkına Konu Olan Kadın Kölenin Çocuğunun (*Partus Ancillae*) Semere Sayılıp Sayılmayacağı Tartışması

### a. Veteres'ler Zamanında

Kaynaklar incelendiğinde, M.Ö. 2. yy.'da klasik-öncesi hukuk dönemi hukukçuları (*veteres*'ler<sup>24</sup>) arasında, intifa hakkına konu olan köle kadının çocuğunun (*partus ancillae*) kime ait olacağı hususunda görüş farklılığı

---

Örneğin kira bedeli ve -tartışmalı olmakla birlikte- faiz gibi (Erdoğan, *Eşya Hukuku*, s. 14). Hukukî semereler, doğal semereler gibi mal olmayıp, alacak haklarıdır. Ancak, onların hukuksal yazgısı, doğal semerelerin hukuksal yazgısına tâbidir ve doğal semerelere ilişkin hükümler, mahiyetleri elverdiği ölçüde, hukukî semerelere de uygulanır (Koschaker/Ayiter, s. 109). Doğal semereler, asıl (ana) mala bağlı oldukları sürece onun parçası sayılırlar (*...fructus pendentes pars fundi videntur*). Asıl maldan ayrılmadıkları sürece, asıl malın maliki kim ise semerenin maliki de odur. Semereler, ana maldan ayrıldıkları anda yeni ve bağımsız bir mal halini alırlar ve ancak bundan sonra iktisap edilmeye elverişli mal haline gelirler (Erdoğan, *Eşya Hukuku*, s. 13; Kaser/Knutel, n. 18.16; Umur, *Eşya Hukuku*, s. 50). Doğal semereler, ana maldan ayrıldıkları anda bağımsız ve yeni bir mal halini aldıkları için üzerlerinde bir mülkiyet hakkı henüz kurulmamıştır ve sahiplenme suretiyle aslen kazanmaya elverişli mal konumundadırlar. Bu süreçte haksız bir iktisabı önlemek amacıyla hukuk düzeni, “*semerenin mülkiyetinin semereyi üreten malın malikine ait olacağı*” ana kuralını getirmiştir. Asıl malın maliki, uzun süreli kira hakkı sahibi ve iyiniyetli zilyet, semerelerin mülkiyetini, semere asıl maldan ayrıldığı ve bağımsız bir nitelik kazandığı anda aslen iktisap ederler. İntifa hakkı sahibi ve hâsılat kiracısı ise, semerelerin mülkiyetini, asıl maldan ayrıldığı, bağımsız bir nitelik kazandığı ve üzerlerinde fiilî egemenlik kurdukları anda aslen kazanırlar (Mayer-Maly, s. 54).

<sup>24</sup> Cumhuriyet dönemi ve daha önceki dönemlerin hukukçuları, klasik dönem hukukçuları tarafından *veteres* (eskiler) olarak anılmaktadır.

olduğu görölür<sup>25</sup>. Tartışmanın ilk olarak intifa hakkı bağlamında ortaya çıkması olağandır. İntifa hakkı (*ususfructus*), başkasının malını, malın aslına zarar vermeksizin, kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisini sağlayan sınırlı aynî bir haktır<sup>26</sup>. İntifa hakkının konusunu köleler oluşturabildiği için, bu tartışmanın esasını da köle kadının çocuğunun semere sayılıp sayılmayacağı oluşturmaktadır<sup>27</sup>.

Bu görüş farklılığı, biri hukuk dışı, diğeri hukuk kaynağı olmak üzere iki metinde zikredilmektedir.

Hukuk dışı kaynak *Cicero*'ya aittir ve *Cicero*'nun *de finibus* adlı eserinde yer almaktadır.

**Cicero, de finibus 1.4.12:** “*An partus ancillae sitne in fructu habendus, disserterur inter princeps civitatis, P. Scaevolam, M. Manilium, ab isque M. Brutus dissentiet...*”

**Cicero, de finibus 1.4.12:** “Devletimizin önde gelen şahsiyetleri arasında yer alan *Scaevola* ile *Manilius*, köle kadının çocuğunun semere olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünde iken; bu şahsiyetlerden *Brutus* aksi görüştedir...”

*Cicero*, bu metinde, M.Ö. 2. yy.'ın en önemli hukukçuları olan *Scaevola*, *Manilius* ve *Brutus*'un isimlerini zikrederek; intifa hakkına konu olan kadın kölenin çocuğunun semere sayılıp sayılmayacağı hususundaki görüş farklılığına işaret etmektedir<sup>28</sup>. Metne göre, *Scaevola* ve *Manilius* köle kadının çocuğunu semere olarak kabul ederek *respondum*'larını intifa hakkı sahibinin lehinde<sup>29</sup> vermekte; azınlıkta kalan görüşü temsil eden *Brutus* ise *respondum*'unu malik lehinde vermektedir<sup>30</sup>. *Cicero*, bu görüş farklılığını nakletmekle birlikte, köle kadının çocuğunun semere sayılıp sayılmayacağı doğrultusunda bir görüş belirtmemektedir.

<sup>25</sup> Linderski, s. 194; Mayer-Maly, s. 99; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearb. Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 185.

<sup>26</sup> Mayer-Maly, s. 98; D. 7.1.1 (*Paulus*).

<sup>27</sup> Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearb. Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 185.

<sup>28</sup> Linderski, s. 194.

<sup>29</sup> Berki, *Scaevola* ve *Manilius*'un görüşünün ana rahmindeki köle çocuk bakımından izlenmesi gerektiğini; çocuğun doğumundan itibaren ise artık semere olarak değil, insan olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (Berki, s. 327-328).

<sup>30</sup> Mayer-Maly, s. 99.



*Pomponius*'un metninde<sup>31</sup> *Ius civile*'nin temellerini atanlar olarak zikredilen bu hukukçular arasındaki tartışma, hukuksal anlamda düşünsel tatmine yönelik olmaktan öte, ekonomik yaşam için pratik önemi olabilecek olan bir sorunun ele alınmasıdır<sup>32</sup>. **Roth**'a göre, intifa hakkına konu olan kadın kölenin çocuğunun semere sayılıp sayılmayacağı yönlü *veteres*'ler arasındaki tartışma, hukuksal, ekonomik ve sosyal bir gerçekliğin ifadesidir<sup>33</sup>. M.Ö. 3. yy. ile M.S. 1. yy. arası Roma'nın bir imparatorluğa dönüştüğü ve savaşlarda esir düşen yüzbinlerce insanın köle olarak İtalya Bölgesi'ne getirildiği dönemdir. **Roth**, bu bölgedeki tarımsal ekonominin işleyişini sağlayan itici gücün, “kadın köleler” ve onların “doğurabilme yeteneği” olduğunu; sayıları az olan –savaşlarda esir düşenlerin çoğunun erkek olması nedeniyle– kadın kölelerin doğurganlıklarının bu tartışmanın arka planını oluşturduğunu belirtmektedir<sup>34</sup>.

Hukuk kaynağı ise *Digesta*'da bulunan ve *Ulpianus*'a ait olan metindir. *Papinianus*'un öğrencileri arasından yer alan ve Klasik hukuk döneminin en önemli son temsilcilerinden biri olarak bu dönemi bütün gelişimiyle temsil eden *Ulpianus*, metninde tartışmaya işaret ederek, *Brutus*'un görüşünü zikretmekte ve klasik dönem hukukçularının bu görüşü benimsediklerini belirtmektedir.

**D. 7.1.68.pr. (Ulpianus):** “*Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit...*”

**D. 7.1.68.pr. (Ulpianus):** “İntifa hakkına konu olan kadın kölenin çocuğunun, intifa hakkı sahibine ait olup olmayacağı eski bir ihtilaftı. Takip edilen *Brutus*'un görüşüne göre, intifa hakkı sahibinin hakkı bu kadar genişletilemez: Çünkü, bir insana, başka bir insandan meydana gelmiş semere gözü ile bakılamaz. Bu nedenle, intifa hakkı sahibi, böyle bir çocuk üzerinde intifa hakkına sahip değildir...”

<sup>31</sup> Bkz. D. 1.2.2.39 (*Pomponius*).

<sup>32</sup> Roth, s. 576.

<sup>33</sup> Roth, s. 579.

<sup>34</sup> Roth, s. 583. Nitekim, satım sözleşmesine konu olan kadın kölenin kısır çıkması durumunda alıcı ayıp ya da hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal ettirebilirdi (Buckland, *Slavery*, s. 21).

## b. Klasik Dönem Hukukçularında

*Tiberius Gracchus* zamanında yaşamış olan ve özel hukuku yeniden biçimlendiren hukukçular arasında sayılan *Brutus*, stoacı felsefenin insalcılık değerini özel hukuka taşıyan hukukçulardan birisidir<sup>35</sup>. Bu felsefenin etkisi altında kalan Klasik dönem hukukçuları tarafından *Brutus*'un görüşü<sup>36</sup> benimsenmiş, intifa hakkına konu olan kadın kölenin çocuğu, bu dönemden başlayarak onu takip eden diğer dönemlerde de, bütünlüyci parçanın özel bir türünü oluşturan semere olarak kabul edilmemiş ve çocuğun doğumla birlikte intifa hakkı sahibine değil, annenin efendisine ait olacağı esası benimsenmiştir<sup>37</sup>.

Yeni doğan çocuk, kadın kölenin efendisinin mülkiyetine, “insanlara ilişkin hukuk (*ius quod ad personas pertinet*)<sup>38</sup>” gereğince bağlanır. Bu hukuka göre kölelik bir statüdür<sup>39</sup>. Özgür insanlar için geçerli olan “yasal evlilik içinde doğmayan çocuğun anneyi izleyeceği doğanın kanunudur = *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur*” kuralı<sup>40</sup>, bu statü gereğince köleler için de geçerlidir<sup>41</sup>.

*Paulus*'un *Sententia*'sında intifa hakkının konusunu oluşturan kadın kölenin çocuğunun semere olarak sayılamayacağı kuralına yer verildiğini görüyoruz:

**Paulus Sententia 3.6.19:** “*Ancillae usufructu legato partus eius ad usufructuarium non pertinent*”.

**Paulus Sententia 3.6.19:** “İntifa hakkına konu olan kadın kölelerin çocuğu üzerinde intifa hakkı kurulamaz”.

<sup>35</sup> Behrends, s. 438.

<sup>36</sup> Bkz. yukarıda 2. a başlığı altında yer alan metne: D. 7.1.68.pr. (*Ulpianus*).

<sup>37</sup> Buckland, *Text-Book*, s. 63, s. 222 ve 269; Umur, *Lügat*, s. 152; Kaser/Knütel, n. 15.15, n. 29.6; Mayer-Maly, s. 69-70; Kaser, *RPR I*, s. 113.

<sup>38</sup> “İnsanlara ilişkin hukuk” olarak Türkçeye çevirmek gerekir. Çünkü, bu hukuk kapsamına sadece kişi sayılan insanlar değil, köleler, yabancılar ve baba egemenliği altında bulunanlar da girmektedir.

<sup>39</sup> *Digesta* 1.5'in başlığı “*De statu hominum = İnsanların statüsü hakkında*” biçiminde formüle edilmiştir.

<sup>40</sup> Bkz. D. 1.5.24 (*Ulpianus*).

<sup>41</sup> Bkz. Behrend, s. 441 ve dn. 71.

Klasik dönem hukukçuları tarafından kadın kölenin çocuğunun neden semere olarak kabul edilmeyeceği şu gerekçelerle açıklanmaktadır:

*Gaius*'a göre<sup>42</sup>, insanı semereler arasında saymak anlamsızdır (saçmadır), çünkü, doğa, bütün semereleri insan için üretmektedir.

**D. 22.1.28.1 (Gaius):** “*Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*”.

**D. 22.1.28.1 (Gaius):** “Kadın kölenin çocuğu semere değildir, bu nedenle, çocuk köle anne kölenin malikine aittir. Doğası gereği bütün semereler insanın yararlanması için yaratıldığından, insanı semereler arasında görmek anlamsızdır”.

Bu metinden çıkan sonuç, insanın insan için semere olarak addedilemeyeceğidir<sup>43</sup>. *Gaius*'un bu gerekçesi Stoacı felsefeye dayanmaktadır. Stoacı felsefeye göre, toprağın bütün yemişleri ve ürünleri insanlar için vardır<sup>44</sup>. Bu konu hakkında *Cicero*'da şöyle bir açıklama yer almaktadır:

**Cicero, de officiis 1.7.22:** “...*ut placet Stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari...*”

**Cicero, de officiis 1.7.22:** “...Stoacıların kanaatine göre, toprağın ürettiği bütün mallar insanların kullanımı için yaratılmıştır...”

*Gaius*'un gerekçesinin, aynı cümlelerle *Iustinianus*'un *Institutionesi*'nde de zikredildiğini görmekteyiz:

**Ius. Ins. 2.1.37:** “*Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit...*”

**Ius. Ins. 2.1.37:** “Kadın kölenin çocuğu semere değildir, bu nedenle, çocuk köle, anne kölenin malikine aittir. İnsanı semereler arasında görmek anlamsızdır. Çünkü, bütün semereler doğası gereği insanın yararlanması için yaratılmıştır...”

<sup>42</sup> Krş. Di Marzo (Çev. Umur), s. 240 ve dn. 28.

<sup>43</sup> Waldstein, s. 51.

<sup>44</sup> Sevig, s. 289.

*Partus ancillae*'ya ilişkin temel metinlerin birçoğu *Ulpianus*'a aittir. *Ulpianus*'a göre, bir insan, başka bir insandan meydana gelmiş semere olarak addedilemez.

**D. 7.1.68.pr. (Ulpianus):** “... *sed bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit...*”

**D. 7.1.68.pr. (Ulpianus):** “...Takip edilen *Brutus*'un görüşüne göre, intifa hakkı sahibinin hakkı bu kadar genişletilemez: Çünkü, bir insana, başka bir insandan meydana gelmiş semere gözü ile bakılamaz. Bu nedenle, intifa hakkı sahibi, böyle bir çocuk üzerinde intifa hakkına sahip değildir...”

**Behrends**'e göre, bu metnin esasını (*haec ratio*), doğum ile birlikte yeni, bağımsız bir insanın dünyada var olmuş olması oluşturur, bu nedenle de yeni bir insan bir insanın semeresi olarak değerlendirilemez<sup>45</sup>. İntifa hakkı bağlamında ele alındığında da, köle kadının çocuğu, intifa hakkı kapsamına dahil edilemez, çünkü yeni bir insandır<sup>46</sup>. Köle çocuğun yerine, diğer bir köle çocuk ikame edilemeyeceğine göre semere olarak değerlendirilemez<sup>47</sup>. Semere, hak sahibi tarafından dönemsel olarak elde edilen üründür. İnsan yavrusu, dönemsel olarak, malın doğası gereği elde edilen ürün kapsamına giremez<sup>48</sup>.

Mirasa ilişkin bir metinde ise *Ulpianus*, köle kadının çocuğunun semere olarak kabul edilmeyeceğini, çünkü, köle kadınların salt doğurganlıkları nedeniyle elde tutulmadıklarını belirtmektedir<sup>49</sup>.

**D. 5.3.27.pr. (Ulpianus):** “*Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant...*”

**D. 5.3.27.pr. (Ulpianus):** “Köle kadınların çocukları ve çocukların çocukları, semere olarak telakki edilemezler. Çünkü köle kadınlar, üretkenlikleri ve doğurganlıkları nedeniyle elde tutulmazlar...”

<sup>45</sup> Behrends, s. 439 ve dn. 66.

<sup>46</sup> Behrends, s. 439, dn. 66.

<sup>47</sup> Basanof, s. 119.

<sup>48</sup> Basanof, s. 119.

<sup>49</sup> Krş. Di Marzo (Çev. Umur), s. 240 ve dn. 28.

Bu metinde de *Ulpianus*, kadın kölenin çocuğunun semere olarak kabul edilmemesini, semere kavramından hareketle gerekçelendirmiştir. *Ulpianus*, bir taşıyıcıdan kazanılanı sadece semere olarak nitelendirmek istemektedir, ki ürünlerin kazancı (faydası, kârı) bu nitelemeye uygundur<sup>50</sup>.

İntifa hakkına konu olan kadın kölenin çocuğunun semere olarak sayılmaması ve intifa hakkı sahibine ait olmaması şöyle de gerekçelendirilmektedir: Köleler intifa hakkının konusunu oluşturabilirler. Ancak, burada intifa hakkının konusunu oluşturan kölenin işgücüdür. Bu, kaynaklarda şöyle açıklanmaktadır: İnsanın yararına özgülünen şeyler semerdir<sup>51</sup>. Stoacı felsefeye göre, bir insanın bir başkası için yararı, sadece işgücü aracılığı ile olabilir<sup>52</sup>. Dolayısıyla, intifa hakkına konu olan kölenin kendi hizmetleri (*ex operis suis*), emeği ve intifa hakkı sahibine ait mallar (*ex re fructuarii*) vesilesiyle elde ettikleri üzerinde intifa hakkından söz edilebilir<sup>53</sup>. Kölenin kendi hizmetleri veya intifa hakkı sahibine ait mallar aracılığı ile elde ettiklerinin dışında kalan kazanımlar ise –örneğin kölenin mirasçı nasbedilmesi veya köleye muayyen bir mal vasiyet edilmesi gibi– malike ait olur<sup>54</sup>. Konumuz bağlamında ise intifa hakkının konusunu oluşturan kadın kölenin çocuğu (*partus ancillae*), onun işgücü arasında yer alamayacağı için semere değildir<sup>55</sup>.

Vasiyetin, malın kendisini ve teferruatını kapsayacağı kuralına bir istisna oluşturacak biçimde, vasiyete konu olan kadın kölenin çocuğu teferruat olarak kabul edilmemiştir<sup>56</sup>. Bu bağlamda, kadın kölenin çocuğu ne semere ne de teferruatır<sup>57</sup>.

### 3. Kazandırıcı Zamanaşımından Yararlanan İyiniyetli Zilyedin *Partus Ancillae*'nin Mülkiyetini Kazanıp Kazanamayacağı Sorunu

İntifa hakkı bağlamında *partus ancillae*'yi semere saymayarak intifa hakkı sahibine vermeyen ve anne kölenin efendisine ait olduğu kararını

<sup>50</sup> Kaser, *SZ* 75, s. 157.

<sup>51</sup> Bkz. D. 33.2.42 (*Iavolenus*); Cicero de officiis 1.7.22; Behrends, s. 440 ve dn. 68-69.

<sup>52</sup> Bkz. Cicero de officiis 1.7.22; D.7.7.3 ve 4 (*Gaius*); Kaser/Knütel, n. 29.6; Behrends, s. 440 ve dn. 69.

<sup>53</sup> Umur, *Eşya Hukuku*, s. 147; Karadeniz-Çelebican, s. 259; Küçükgüngör, s. 36.

<sup>54</sup> Küçükgüngör, s. 37.

<sup>55</sup> Karadeniz-Çelebican, s. 260; Kaser/Knütel, n. 29.6.

<sup>56</sup> Bkz. Buckland, *Text-Book*, s. 63, dn. 4; D. 30.62 (*Paulus*); D. 30.63 (*Celsus*).

<sup>57</sup> Buckland, *Slavery*, s. 21.

veren klasik dönem hukukçularının, kazandırıcı zamanaşımından (*usucapio*) yararlanan iyiniyetli zilyetin (*bonae fidei possessor*), anne köle ile birlikte çocuğu (*partus ancillae*) kazanacağı doğrultusunda bir yaklaşım sergiledikleri görülmektedir.

Roma hukuku kaynaklarına göre, kazandırıcı zamanaşımına dayanılarak üzerinde zilyetlik tesis edilen kadın kölenin, bu zilyetlik esnasında doğurduğu çocuğun mülkiyetini, kazandırıcı zamanaşımından yararlanan iyiniyetli zilyet iktisap eder<sup>58</sup>.

**D. 41.3.4.5 (Paulus):** “*Fructus et partus ancillarum et fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt*”.

**D. 41.3.4.5 (Paulus):** “Semere, köle kadının çocuğu ve cenin, eğer hırsızlık malı değilse, kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılabilirler”.

Kazandırıcı zamanaşımından yararlanan iyiniyetli zilyedin, kadın kölenin çocuğunun mülkiyetini nasıl iktisap edeceği sorusunun yanıtına gelince, bu noktada kadın kölenin çocuğunun semere sayılmadığı (*partus vero ancillae in fructu non est = kadın kölenin çocuğu semere değildir*)<sup>59</sup> kuralını hatırlamak gerekmektedir.

Bilinen kural, kazandırıcı zamanaşımından yararlanan iyiniyetli zilyedin, semereleri ana maldan ayrıldığı, bağımsız bir nitelik kazandığı anda, aslen kazanmasıdır. Kadın kölenin çocuğu semere sayılmadığı için, semerelerin kazanılmasına ilişkin ana kuralı bu durumda uygulama olanağı bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, başkasının kadın kölesinin zilyetliğini elinde bulunduran iyiniyetli zilyet, bu esnada dünyaya gelen çocuğu, *ipso iure* (hukuk gereği) doğumla birlikte kazanamaz<sup>60</sup>. Bu sonuca, yukarıda zikredilen metinlere bakılarak ulaşılabileceği gibi, *Ulpianus*'a ait D. 47.2.48.5'i de kaynak olarak gösterebiliriz. Köle kadının çocuğunun kazandırıcı zamanaşımı yoluyla elde edilebilirliği sorusunu yanıtlayan bu metinde, “*köle kadının çocuğu semereler arasında sayılamaz = at partus ancillae non numeratur in fructu*” denilmek suretiyle, ana mal-semere ilişkisinin köle kadının çocuğu bağlamında kurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Söllner, s. 14; Buckland, *Slavery*, s. 24; D. 41.1.66 (*Venuleius*).

<sup>59</sup> Bkz. D. 22.1.28.1 (*Gaius*).

<sup>60</sup> Bauer, s. 72-73.

<sup>61</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 166.

Roma hukuku kaynaklarına bakarak, ana mal ve semereye ilişkin kuralların uygulanmadığını, köle çocuğun özel hukuksal konumu nedeniyle, iyiniyetli zilyedin doğrudan çocuk üzerinden işleyen bir kazandırıcı zamanaşımı yoluyla çocuğun mülkiyetini iktisap ettiğini söyleyebiliriz<sup>62</sup>. Diğer bir ifadeyle, kazandırıcı zamanaşımı, iyiniyetli zilyede, çocuk üzerinde doğum ile (anneden ayrılmakla) malik olma hakkını vermemekte; iyiniyetli zilyedin çocuğun mülkiyetini kazanabilmesi için de kazandırıcı zamanaşımı gerekmektedir<sup>63</sup>. Başkasına ait kadın köle üzerinde kazandırıcı zamanaşımından yararlanan iyiniyetli zilyet, hangi hukukî sebebe (*iusta causa*) dayanarak anneyi elinde tutuyor ve *usucapio* ile kazanıyor ise, aynı hukukî sebebe dayanarak *usucapio* ile çocuğun mülkiyetini de elde ederdi<sup>64</sup>. Annenin çocuğa hangi anda –zilyetliğin elde edilmesinden önce mi, yoksa sonra mı– gebe kaldığı hususu ise bir fark yaratmazdı<sup>65</sup>.

#### 4. Hırsızlık Malı Kadın Köleyi (Furtiva Ancillae) Elinde Bulunduran İyiniyetli Zilyedin Partus Ancillae'nin Mülkiyetini Kazanıp Kazanamayacağı Sorunu

Oniki Levha Kanunu'ndan beri varlığını sürdüren ve *Lex Atinia* ile de teyit edilen kurala göre, hırsızlık malları kazandırıcı zamanaşımına konu olamazlar<sup>66</sup>. Çalınmış veya gasp edilmiş bir malı, çalan veya gasp eden, kazandırıcı zamanaşımından yararlanamayacağı gibi, çalınmış veya gasp edilmiş bir malı iyiniyetli olarak devralan da kazandırıcı zamanaşımından yararlanamazdı<sup>67</sup>. Çünkü, Roma düşüncesine göre çalınmış veya gasp edilmiş mal, iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, kimin eline geçerse geçsin, malikine dönünceye değin, çalınmış ve gasp edilmiş mal olma ayıbını (*vitium*) üzerinde taşırdı<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> Bělovský, s. 88.

<sup>63</sup> Buckland, *Slavery*, s. 24; Erdoğan, *Actio Publiciana*, s. 61.

<sup>64</sup> Buckland, *Slavery*, s. 24-25.

<sup>65</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 166; Erdoğan, *Actio Publiciana*, s. 61.

<sup>66</sup> Söllner, s. 15; Buckland, *Text-Book*, s. 248; Subaşı, s. 435; Günel, s. 129-131; Gai. Ins. 2. 45.

<sup>67</sup> Lübtow'a göre, Oniki Levha Kanunu sadece hırsızın çaldığı malı kazandırıcı zamanaşımı ile elde edemeyeceğini düzenlemişken, *Lex Atinia* bunu genelleştirmiş ve hırsızlık malını, iyiniyete ve kötünüyete bakılmaksızın, kim elinde bulundurursa bulundursun, kazandırıcı zamanaşımı yolu ile elde edemeyeceği kuralını getirmiştir (Lübtow, s. 269).

<sup>68</sup> Buckland, *Text-Book*, s. 248.

Konumuz bağlamında kadın köle, hırsızlık malı (*res furtiva, ancillae furtiva*) ise bu kural gereğince *usucapio* ile iyiniyetli zilyet tarafından kazanılamazdı<sup>69</sup>. Hırsızlık ürünü olan kadın kölenin doğurduğu çocuğun hırsızlık ürünü sayılıp sayılmayacağı ise daha özel kurallarla belirlenmiştir.

Hâlâ hırsızın zilyetliğinde bulunan kadın kölenin karnında çocuk varsa veya köle kadın hırsızın nezdinde iken hamile kalmış ise, bu durumlarda kadın kölenin doğurduğu çocuk, hırsızlık ürünü olarak dünyaya (*res furtiva*) gelirdi<sup>70</sup>.

**C. 6.2.12.pr.:** “*Ancillae subtractae partus apud furem editi, priusquam a domino possideantur, usucapi nequeunt: matris furem etiam eorum causa furti teneri convenit actione*”.

**C. 6.2.12.pr.:** “Hırsızın zilyetliğinde iken dünyaya gelen kadın kölenin çocuğu, anne ve çocuk efendilerinin zilyetliğine girmeden önce, kazandırıcı zamanaşımı ile elde edilemez. Anneyi çalan kimse hırsızlıktan doğan dava ile sorumlu tutulur”.

*Ulpianus*'un metni D. 47.2.48.5'e göre de, kadın köle hırsızın elinde iken hamile kalır ve daha sonra iyiniyetli zilyede devredilirse, çocuk çalınmış olarak kabul edilir ve iyiniyetli zilyet tarafından *usucapio* yolu ile elde edilemezdi<sup>71</sup>.

Kadın kölenin hamile iken çalınması ve hırsız tarafından iyiniyetli zilyede devredilmesi durumunda da metinlerde bir sorun gözükmemekte ve kural uygulama alanı bulmaktadır. Hamile kadın kölenin çalınması durumunda, ceninin (*fetus*'un) varlığı nedeniyle çocuk var olarak kabul edilmekte ve annenin efendisine ait olarak kabul edilmekteydi<sup>72</sup>. Çünkü, anne köle hırsızlık malı olduğu için, çalındığı anda bebek bekleyen kadın köle üzerinde iyiniyetli zilyedin zilyetliği ayıplıdır, sakattır. Köle, hamile olduğu sırada çalındığı; çocuk hırsızlık fiilinin işlendiği anda anne karnında var olduğu için, annenin hukuksal yazgısını paylaşır ve her ikisi de kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilemezler<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Bělovský, s. 83; Buckland, *Slavery*, s. 25-26.

<sup>70</sup> Bauer, s. 73; Buckland, *Slavery*, s. 26; D. 47.2.48.5 (*Ulpianus*).

<sup>71</sup> Bělovský, s. 90; Bauer, s. 73.

<sup>72</sup> Buckland, *Slavery*, s. 26; Bělovský, s. 83; D. 41.4.2.14 (*Paulus*).

<sup>73</sup> Bělovský, s. 90; Buckland, *Slavery*, s. 26.



**D. 1.5.26 (Iulianus):** “...*praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur...*”

**D. 1.5.26 (Iulianus):** “...Bunun dışında, eğer hamile kadın köle çalınır, doğal olarak onun tarafından doğurulan çocuk da çalınmış sayılır. Çocuk, iyi niyetli alıcının yanında iken dünyaya gelse bile kazandırıcı zamanaşımı ile elde edilemez...”

Buna karşın, kadın köle hırsızın zilyetliğinden çıktıktan sonra ve fakat iyiniyetli zilyedin zilyetliğinde iken gebe kalır ve doğum da bu esnada gerçekleşirse, çocuk, hırsızlık ürünü (*res furtiva*) olarak doğmaz; bu durumda iyiniyetli zilyet, hırsızlık malı olduğu için anneyi kazanamaz, fakat, kazandırıcı zamanaşımının koşullarının gerçekleşmesi ile çocuğun mülkiyetini elde ederdi<sup>74</sup>.

**D. 6.2.11.2 (Ulpianus):** “*Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est*”.

**D. 6.2.11.2 (Ulpianus):** “Çalınmış kadın kölenin iyiniyetli alıcının nezdinde iken gebe kaldığı çocuk, alıcının zilyetliğinde bulunmamış olsa bile *actio publiciana in rem* ile takip edilmelidir. Fakat hırsızın mirasçısı bu davayı açamaz, çünkü o murisin kötülüğüne (fesadına) de haleftir”.

Klasik hukuk dönemi hukukçuları, çocuğun kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılabilmesini, çocuğun iyiniyetli zilyet nezdinde iken doğması koşuluna değil, döllenmenin, kadın köle iyiniyetli zilyetin elinde iken gerçekleşmesi koşuluna bağlamışlardır<sup>75</sup>. Semereler (süt, yün, zeytin gibi), ana maldan ayrıldığı anda bağımsız bir hukuk objesi olurlar. Çocuk ise döllenmeden itibaren bir canlı, bir varlık olarak kabul edilir. Roma hukuku ceninin menfaatlerini korumuş ve canlı olarak doğan çocuğun hak ehliyetini, gereken durumlarda ana rahmine düştüğü ana değin geriye yürütmüştür. Bu durumu Romalılar, “*doğmak üzere olan çocuk, doğmuş sayılır = in compluribus causis postimi pro iam natis habentur*” kuralı ile ifade

<sup>74</sup> Söllner, s. 14; Kaser, *SZ 75*, s. 168; Erdoğan, *Actio Publiciana*, s. 61; Bauer, s. 73.

<sup>75</sup> Abramenko, s. 428.

etmişlerdir. Ki bu kural, sadece özgürler için değil, köleler için de geçerlidir<sup>76</sup>.

Anne, hırsızlık ürünü olmasaydı hangi hukuksal sebebe dayanılarak iktisap edilecek idi ise, çocuk da o sebebe dayanılarak kazandırıcı zamanaşımı yolu ile kazanılırdı<sup>77</sup>. Örneğin, iyiniyetli zilyet, satım sözleşmesine dayanarak anneyi elinde bulunduruyorsa, çocuğu satım nedenine (*pro emptore*) dayanarak; anneyi bağış sözleşmesine dayanarak zilyetliğinde bulunduruyorsa çocuğu bağış nedenine (*pro donato*) dayanarak kazandırıcı zamanaşımı yolu ile elde ederdi<sup>78</sup>. Diğer bir deyişle, iyiniyetli zilyet, anneden gelen tek bir kazanma sebebine dayanarak çocuğun mülkiyetini kazanmak zorunda idi<sup>79</sup>. Kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılacak çocuk için, annede söz konusu olabilecek olan (eğer anne hırsızlık malı olarak telakki edilmeyecek olsa idi) aynı hukukî sebebin geçerli olacağı D. 41.3.33.pr. (Iul.) v D. 6.2.11.4 (Ulp.)’de şöyle düzenlenmektedir:

**D. 41.3.33.pr. (Iulianus):** “*Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat*”.

**D. 41.3.33.pr. (Iulianus):** “Sadece iyiniyetli alıcı değil, kazandırıcı zamanaşımı ile kazanmaya yol açacak olan bir sebep ile zilyetliği elinde bulunduran herkes, çalınan kadın kölenin çocuğunu kendisinin malı yapabilir; ve ben bu kuralın tamamen hukukî bir temelle ihdas edildiğini düşünüyorum. Çünkü, iyiniyetli zilyet, köle kadını, herhangi bir hukukî sebeple, Oniki Levha Kanunu veya Lex Atinia yasaklamadığı sürece kazandırıcı zamanaşımı ile kazanabilirdi. İyiniyetli zilyet, eğer dölleme onun nezdinde gerçekleşmiş ve çocuk da onun yanında doğmuş ise ve de annenin çalınmış bir mal olduğunu bilmiyorsa, bu köle kadının çocuğunu,

<sup>76</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 169; Abramenko, s. 427-428.

<sup>77</sup> Buckland, *Slavery*, s. 27.

<sup>78</sup> Bauer, s. 73.

<sup>79</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 171 ve s. 174.

anne için gerekli olan sebebe dayanarak kazandırıcı zamanaşımı ile kazanabilir”.

**D. 6.2.11.4 (Ulpianus):** “*Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis publicianam habebō*”.

**D. 6.2.11.4 (Ulpianus):** “*Iulianus genel kural olarak şöyle der: Hırsızlık malı olmasaydı anneyi hangi sebeple zamanaşımı ile kazanacak idi isem, annenin hırsızlık malı olduğunu bilmemem kaydıyla, çocuğu da bu sebebe dayanarak iktisap edebilirim. Bu yüzden, bütün sebepler dolayısıyla actio publiciana’yı açabilirim*”.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, çocuğun mülkiyetinin iyiniyetli zilyet tarafından *usucapio* yolu ile kazanılabilmesi için, kadın kölenin iyiniyetli zilyedin zilyetliğinde iken hamile kalması, çocuğun bu esnada doğması ve zilyedin doğuma kadar annenin hırsızlık malı (*ancilla furtiva*) olduğunu bilmemesi gerekirdi<sup>80</sup>. Doğuma kadar zilyedin iyiniyetli olması koşulunun gerekçesini, anne hırsızlık ürünü olduğu için anne ve çocuğun birlikte kazanılamaması, çocuğun, anneden bağımsız olarak kazanılması oluşturmaktadır. Çünkü, çocuk doğumdan itibaren gerçek anlamıyla bir hak objesi halini aldığından, döllemenin ve doğumun iyiniyetli zilyedin yanında gerçekleşmesi ve doğuma kadar da iyiniyetin devam etmesi gerekmektedir<sup>81</sup>. *Iulianus*’a göre, kadın köle çalınır ve iyiniyetli zilyede nakledilir, bu nakilden sonra kadın köle hamile kalırsa, hırsızlık fiilinin işlendiği anda çocuk annenin bir parçası olmadığı için hırsızlık malı değildir ve *usucapio* ile iyiniyetli zilyet tarafından kazanılır<sup>82</sup>.

İyiniyetli zilyedin bilgisizliğinin (*ignorans, nesciens*) doğum anına kadar devam etmesi yeterlidir. D. 41.10.4.pr. (*Pomponius*)’a göre iyiniyetli zilyet, kendi nezdinde çocuğun ana rahmine düşmesi, doğumun kendi nezdinde gerçekleşmesi ve doğum anında da iyiniyetli olmak kaydıyla, sonradan kadın kölenin hırsızlık malı olduğunu öğrense dahi *iusta causa pro*

<sup>80</sup> Söllner, s. 14; Bauer, s. 74; Kaser, *SZ 75*, s. 168; Erdoğan, *Actio Publiciana*, s. 61 ve dn. 270.

<sup>81</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 176; Bauer, s. 74.

<sup>82</sup> Bělovský, s. 91.

*suo*'ya<sup>83</sup> dayanarak *usucapio* ile çocuğun mülkiyetini iktisap ederdi. Süreyi somutlaştıracak olursak, zilyet, 9 aylık süre içerisinde iyiniyetli olmak zorundadır. Doğumdan itibaren kazandırıcı zamanaşımı için taşınırlarda bir yıllık sürenin geçmiş olması koşulunu sağlayabilmesi için kalan üç aylık süre içinde iyiniyetli olmak zorundan değildir. Doğumdan sonra öğrenirse “*sonradan gelen kötüniyet zarar getirmez = mala fides supervenies non nocet*” kuralı uygulama alanı bulur.

Klasik hukuk dönemi hukukçuları arasında tartışmalı olan hukuksal sorunlardan biri de konumuz bağlamında ortaya çıkmaktadır.

Tartışmaya yol açan olayda; erkek köle, efendisine, onu azat etmesi koşulu ile çaldığı (ya da gasp ettiği) bir kadın köle veriyor. Efendi, kendi kölesi tarafından çalınan (veya gasbedilen) kadın köleyi, kölesi ile yaptığı azat etme anlaşmasına (*pactio libertatis*) dayanarak elde ediyor. Hırsızlık veya gasp ürünü olan kadın köle, efendinin elinde iken gebe kalıyor ve bir çocuk dünyaya getiriyor. Bu durumda, kadın köleyi elinde bulunduran iyiniyetli<sup>84</sup> efendinin çocuğun mülkiyetini kazandırıcı zamanaşımı yolu ile elde edip edemeyeceği soruluyor<sup>85</sup>. Hukuk okulları, bu soru karşısında hem farklı cevaplar vermekte, hem de argümanlarında farklılıklar bulunmaktadır.

*Iulianus* ve onu izleyen *Ulpianus*, kadın köleyi elinde bulunduran malikin kazandırıcı zamanaşımı yolu ile çocuğu elde edeceği görüşünü savunurken; *Paulus*, çocuğun kazanılamayacağı görüşünü ileri sürmektedir<sup>86</sup>.

Olayın ve *Iulianus*'un görüşünün yer aldığı metinler D. 41.4.9 ve D. 41.4.10'dur. D. 41.4.9'da efendiye verilen kadın kölenin hırsızlık malı olması, D. 41.4.10'da ise efendiye verilen kadın kölenin gasp edilmiş bir mal olması konu ediniliyor.

**D. 41.4.9 (Iulianus):** “*Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum eius quasi emptor usucapere*”.

<sup>83</sup> *Pro suo*, Klasiklerin iyiniyetli zilyedi korumak amacıyla geliştirdikleri temelinde satımın bulunduğu bir kazanım sebebidir (Söllner, s. 32).

<sup>84</sup> Efendi kötüniyetli ise, diğer bir deyişle, kölesinin bu malı çaldığını veya gasp ettiğini biliyorsa, kadın kölenin çocuğunu kazanması söz konusu olamazdı (Kaser, *SZ 75*, s. 175 ve dn. 92).

<sup>85</sup> Bkz. ve karşı. Bauer, s. 75; Kaser, *SZ 75*, s. 175.

<sup>86</sup> Bauer, s. 75; Bělovský, s. 83.

**D. 41.4.9 (Iulianus):** “Erkek kölesinden onun azat edilmesi anlaşmasına dayanarak hırsızlık ürünü kadın köleyi alan kimse, onun çocuğunu, alıcı gibi, kazandırıcı zamanaşımı ile elde eder”.

**D. 41.4.10 (Iulianus):** “*Servus domino ancillam, quam subripuerat, pro capite suo dedit: ea concepit: quaesitum est, an dominus eum partum usucapere possit. respondit: hic dominus quasi emptor partum usucapere potest, namque res ei abest pro hac muliere et genere quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est*”.

**D. 41.4.10 (Iulianus):** “Bir köle, kendisi tarafından gasp edilen bir kadın köleyi, azat edilmesi için efendisine vermiştir. Kadın köle bu esnada hamile kalmıştır. Efendinin çocuğun mülkiyetini kazandırıcı zamanaşımı ile elde edip edemeyeceği sorusu şöyle yanıtlanıyor: Burada efendi, tıpkı alıcı gibi çocuğun mülkiyetini kazandırıcı zamanaşımı ile elde eder. Çünkü, efendi, kadın köleyi almak için kendi erkek kölesini vermiştir. Böylece de, erkek köle ile efendisi arasında bir tür satım sözleşmesi yapılmıştır”.

*Iulianus*, efendinin erkek kölesini azat etmek için kadın köleyi elinde bulundurmasına olanak sağlayan azat etme anlaşmasını satımın bir türü olarak kabul ediyor ve kadın kölenin çocuğunun mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımı ile elde edilebilmesi için gerekli olan haklı ve hukuksal sebep olarak yeterli görüyor<sup>87</sup>. *Iulianus*'a göre, efendinin kadın köle üzerindeki zilyetliği haklı zilyetliktir, çünkü, erkek kölenin kadın köle üzerindeki zilyetliği ile efendinin kadın köle üzerindeki zilyetliği birbirinden ayrıdır<sup>88</sup>. *Iulianus*, efendinin zilyetliğini, kazandırıcı zamanaşımından yararlanan iyiniyetli alıcının zilyetliğine benzetmekte ve iyiniyetli zilyetin, “alıcı gibi (*quasi emptor*)” telakki edilerek, çocuğu *usucapio* ile elde edebileceğini belirtmektedir<sup>89</sup>. *Iulianus*'a göre, bu olayda satım sözleşmesine benzer bir mübadele ilişkisi söz konusudur. Çünkü, malik kölesini vermiştir, karşılığında bir kadın köle almıştır<sup>90</sup>. *Iulianus*, hırsızlık malı kadın kölenin çocuğa gebe kaldığı ana göre, mülkiyetin iyiniyetli zilyede ait olup olamayacağına karar verdiği için, *Iulianus*'un D. 41.4.10'da dölleme anına özel bir önem atfettiği görülmektedir.

<sup>87</sup> Bauer, s. 72 ve s. 75.

<sup>88</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 175-176.

<sup>89</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 175; Bauer, s. 78.

<sup>90</sup> Bělovský, s. 85.

*Iulianus*'un olayının aynısını D. 41.3.4.16'da ele alan ve görüşünü *Sabinus*, *Cassius* ve *Celsus*'un görüşleri ile destekleyen *Paulus*, azat etme anlaşmasına dayanılarak elde bulundurulan ve gasp ürünün olan kadın kölenin çocuğunun *usucapio* ile kazanılamayacağını, çünkü zilyedin (efendinin) kadın köle üzerindeki zilyetliğinin dayanağının sakat olduğunu belirtiyor<sup>91</sup>.

**D. 41.3.4.16 (Paulus):** “*De illo quaeritur, si servus meus ancillam, quam subripuit, pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum usucapere possim. sabinus et cassius non putant, quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret, et hoc verum est*”.

**D. 41.3.4.16 (Paulus):** Kölem, bana, özgürlüğü için, gasp edilmiş bir kadın köle verdiğinde, zilyetliğimde iken hamile kalan kadın kölenin çocuğunu kazandırıcı zamanaşımı ile elde edip edemeyeceğim soruluyor: *Sabinus* ve *Cassius*'un görüşü, çocuğun mülkiyetinin kazanılamayacağı doğrultusundadır. Çünkü, kölesinin ayıplı (kusurlu, hatalı, haksız) tarzda elde ettiği zilyetlik efendisine zarar verir. Ve bu görüş doğrudur”.

**D. 41.4.2.14 (Paulus):** “*Et si quod non bona fide servus meus emerit, in pactionem libertatis mihi dederit, non ideo me magis usucapturum: durare enim primam causam possessionis idem celsus ait*”.

**D. 41.4.2.14 (Paulus):** “Kölem, kendisi tarafından gasp edilmiş bir malı özgürlüğü karşılığında bana verirse, bu malın elde edilmesi sırasında kölem kötüniyetli olduğu için kazandırıcı zamanaşımı ile bu malın mülkiyetini elde edemem. Bu durumda *Celsus*, ilk sakat zilyetliğin varlığını hâlâ devam ettirdiği görüşündedir”.

*Paulus*'a göre, erkek kölenin kadın köle üzerindeki zilyetliği, hırsızlık veya gasp fiiline dayandığı için sakattır ve bu sakatlık onun efendisinin zilyetliğine de yansır. Çünkü, erkek köle, kadın köleyi çaldığı ya da gasp ettiği için kazandırıcı zamanaşımı yolu ile bir malın kazanılmasını sağlayacak olan bir hukuksal işlem yapmamıştır. Dolayısıyla, bu durum, efendiye haklı zilyetliği sağlamaya yeterli olmaz. Eğer, erkek köle gasp ettiği ya da çaldığı kadın köleyi iyiniyetli üçüncü kişiye devretmiş olsa idi, iyiniyetli üçüncü kişi ayıpsız, haklı bir zilyetlik elde eder ve bu zilyetlik kadın kölenin çocuğunun kazanılmasını sağlardı. Olayda ise efendi, gasp

<sup>91</sup> Bauer, s. 76.

ürünü malı kölesinden aldığı için iyiniyetli üçüncü kişi olarak değerlendirilemez. Çünkü, kadın kölenin efendiye teslimi, efendinin hukuk alanı içinde zilyetliğin yer değiştirmesidir<sup>92</sup>. Kadın köleyi elinde bulunduran efendi iyiniyetli alıcı olarak kabul edilemez. Çünkü, erkek köle, kadın köleyi efendisine sadece kendisini azat etmesi için vermiştir<sup>93</sup>.

Sonuç olarak, *Paulus*'a göre, efendi, haklı ve hukukî bir neden olmaksızın kadın köleyi elinde bulundurmaktadır. Bu sakat zilyetlik, çocuk üzerindeki zilyetliğe de yansır ve anne üzerindeki haksız zilyetlik, iyiniyetli ya da kötüniyetli zilyetlik olup olmadığına bakılmaksızın, *usucapio*'ya dayanarak çocuk üzerinde mülkiyet hakkı elde edilmesini engeller<sup>94</sup>. Böyle bir durumda çalınmış veya gasbedilmiş malın *usucapio*'ya konu olamayacağı genel kuralı uygulama alanı bulur<sup>95</sup>. *Paulus*, dölleme ve doğum, iyiniyetli zilyedin nezdinde iken gerçekleşse dahi çocuğun *usucapio* yolu ile elde edilemeyeceği görüşündedir.

Tartışmanın esasını, malı elinde bulunduran iyiniyetli zilyedin (malikin) kazandırıcı zamanaşımı ile bir malın elde edilmesine olanak sağlayan bir hukuksal sebebe (*iusta causa*) sahip olamaması, ancak kendisinin hırsız veya gasp eden de olmamasıdır. Kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılabilmesi için zilyetliğin hukuksal ve meşru bir sebebinin bulunması (*iusta causa*) gerekmekte idi. Roma hukukuna göre kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılmasını sağlayan hukuksal sebepler şunlardır: *Pro derelicto* (terk sebebiyle), *pro soluto* (ifa sebebiyle), *pro donato* (bağış sebebiyle), *pro dote* (cihaz sebebiyle), *pro emptore* (alım sebebiyle) ve *pro suo* (kendisi için, malik olma sebebiyle)<sup>96</sup>.

*Iulianus* ve onu takip eden klasik hukuk dönemi hukukçuları, kazanmayı kolaylaştırmak ve malik olmayı sağlamak için, kazandırıcı zamanaşımında bulunması gereken kazandırma sebebinde (*iusta causa*) bazı istisnalar, genişletmeler ve imtiyazlar tanınması gerektiği düşüncesinden hareket etmişlerdir<sup>97</sup>. Bu hukukçularca bulunan "*pro suo* (kendisi için, malik olma sebebiyle)" sebebi de bu düşüncenin ürünlerinden birisidir. "*Pro suo*

<sup>92</sup> Bauer, s. 76.

<sup>93</sup> Bauer, s. 76.

<sup>94</sup> Bauer, s. 76.

<sup>95</sup> Bělovský, s. 84, s. 89.

<sup>96</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Günel, s. 132-134.

<sup>97</sup> Liebs, s. 205; Bauer, s. 77.

(kendisi için, malik olma sebebiyle)” sebebi, iyiniyetle kazanımın uygulama alanının genişlemesine yol açmıştır<sup>98</sup>. Klasikler, yukarıda anılan hukukî sebeplerden hiçbirisine girmeyen hukuksal durumları “*pro suo*” sebebine dâhil ederek kazandırıcı zamanaşımı ile kazanımı sağlamışlardır. Kazandırıcı zamanaşımında iyiniyete birincil planda yer vermeye yol açan bu gelişme, günümüz hukukunda zilyetliğin hukuksal ve meşru bir sebebe (*iusta causa*) dayanması koşulunun aranmamasına yol açmıştır<sup>99</sup>.

### 5. Değerlendirme ve Sonuç

Anneyi mal sayarak, bir mala ilişkin bütün kuralları anne üzerinde uygulayan Roma hukuku, çocuğunu tamamen ondan ayrı düşünerek kurallar oluşturmuştur. Bu ise bir dizi çelişkiyi beraberinde getirmiştir. Klasik hukuk dönemi hukukçularının kadın kölenin çocuğuna neden farklı bir hukuksal konum verdiği sorusuna, günümüz Romanistleri arasında çeşitli gerekçelerle cevap aranmaktadır.

**Buckland**, hukuksal ilkelerden daha çok, insan onuru açısından klasiklerin soruna yaklaştıklarını, semere ve teferruat olarak kabul etmemek suretiyle de insan onuru doğrultusunda bir tercihte bulduklarını belirtmektedir<sup>100</sup>.

**Karadeniz-Çelebican**, insan onuruna duyulan saygı nedeniyle kölenin çocuğunun semere sayılmadığı görüşündedir<sup>101</sup>

**Basanof**, Klasiklerin *partus ancillae*'ye kişilik tanıdıkları görüşündedir<sup>102</sup>.

**Bělovský**, Romalıların kadın kölenin çocuğuna kişilik tanımamakla, onu hukuk süjesi olarak kabul etmemekle birlikte, ona özel bir statü bahsettiğini; bu özel hukuksal konumunu özel kurallarla düzenlediği görüşündedir<sup>103</sup>.

Stoacı felsefenin etkisi ile hukuk hayatına giren ve kölelerin insan olma olgusunu göz ardı edemeyen bir anlayışın hukuk alanındaki etkileri,

---

<sup>98</sup> Söllner, s. 32.

<sup>99</sup> Subaşı, s. 441.

<sup>100</sup> Buckland, *Slavery*, s. 10 ve s. 21.

<sup>101</sup> Karadeniz-Çelebican, s. 260.

<sup>102</sup> Basanof, s. 269.

<sup>103</sup> Bělovský, s. 86.



Roma'nın Cumhuriyet Dönemi'nden itibaren başlamış, İmparatorluk Dönemi'nde de varlığını sürdürmüştür<sup>104</sup>. Hıristiyanlık Dini ile daha da güçlenen bu yaklaşım, İmparatorluk Dönemi'nde *benignitas* (merhamet), *humanitas* (insancılık, insaniyet) değerleriyle biçimlenen, kölelerin lehine birçok kanunun çıkarılmasına<sup>105</sup> yol açmıştır<sup>106</sup>. Ancak, bu kanunların amacı, kölelerin hukukî durumunu düzeltmek, onlara hukuken bir kişilik tanımak değil; sadece felsefi ve dinî zorlamaların etkisiyle, kölelere karşı yapılan aşırı eziyetlerin önüne geçme çabası idi. Dolayısıyla, annenin mal sayıldığı, ona kişilik tanınmadığı, onun onurunun hiçe sayıldığı bir hukuk düzeninde; çocuğuna kişilik tanındığı, çocuğun onurunun esas alındığı düşüncelerine katılmak pek olanaklı gözüküyor.

**Linderski**, *veteres*'ler arasında azınlıkta kalan *Brutus*'un görüşünün klasikler tarafından kabul edilmesinin, egemen öğretinin kölenin hukuksal durumunun iyileştirilmesi yönündeki genel eğiliminin bir yansıması olduğunu belirtmektedir. **Linderski**'ye göre, pratik ve insancıl mülahazaların sonucunda, *partus ancillae* sorusunda “anne köle ve çocuğu birlikte tutulur” kuralına ulaşılmıştır<sup>107</sup>.

**Emiroğlu**, bir eserinde<sup>108</sup> klasiklerin kadın kölenin çocuğunu, salt insan olarak ele aldıkları görüşünü ileri sürmekte; diğer bir eserinde<sup>109</sup> ise “bir çocuğa bebeklik yıllarında en iyi annenin bakabileceği ve bu nedenle annesinin yanından ayrılmamasının gerekliliği düşüncesi”ni benimsedikleri görüşünü ileri sürmektedir.

Klasik hukuk dönemi hukukçularının, Stoacı felsefenin etkisiyle ve insalcıl düşüncelerle kadın kölenin çocuğuna baktıkları bir gerçektir. Ancak salt bu düşünce değil, hukuk politikası da köle kadının çocuğunun konumunun belirleyicisi olmuştur<sup>110</sup>. Hukuksal sorunların çoğunda köle kadının doğurduğu çocuğun annesinin yanına bırakılması, ekonomik

<sup>104</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Behrends, s. 419-432.

<sup>105</sup> M.S. 19 yılında çıkarılan *Lex Petronia* ile, *magistra*'nın izni olmaksızın, kölelerin vahşi hayvanlara atılmaları yasaklanmıştır. M.S. 2. yy.'ın ortalarında çıkarılan çeşitli yasalarla, köleler, efendilerinin öldürmesi, terk etmesi, işkence etmesi, fuhşa zorlaması vb. eziyetlere ve kötü kullanımlara karşı korunmuştur.

<sup>106</sup> Buckland, *Slavery*, s. 10.

<sup>107</sup> Linderski, s. 198.

<sup>108</sup> Emiroğlu, *Ius Gentium*, s. 79-80.

<sup>109</sup> Emiroğlu, *Roma'da Kadın*, s. 26-27.

<sup>110</sup> Kaser, *SZ 75*, s. 158-159, s. 199.

mülâhazalara dayanmaktadır. Çünkü, anne, doğduğu andan itibaren çocuğun en çok gereksinimi olan kimsedir. Çocuk, en iyi annenin yanında beslenebilir ve büyütülebilir. Böylece de çocuğun ekonomik değeri daha da artar<sup>111</sup>. Çünkü, Klasik Hukuk Dönemi, Roma'nın siyasal dönemlerinden *Principatus* dönemi ile örtüşmektedir. Bu siyasal dönemde savaşlar yoluyla genişleme sona erdiği için, köle sayısı azalmış, kölelerin özellikle de köle çocukların değeri çok artmıştır<sup>112</sup>.

Sonuç olarak, *partus ancillae*'nin hukuksal yazgısı, felsefî, fiilî, insanî ve iktisadî mülâhazalarla annenin hukuksal yazgısını paylaşır ve anne kimin mülkiyetinde ise çocuk da ona ait olur. Ancak, anne ile çocuğun birlikte yaşaması gereksinimi, köle kadın ile çocuğu arasındaki olgusal bağın hiçbir biçimde ortadan kaldırılamayacağı gibi bir düşünceye de sevk etmemelidir. Çünkü, gerektiğinde çocuk doğumdan itibaren annenin yanından alıp götürülebilir. Bunun örneğini de, hırsızlık malı kadın kölenin, iyiniyetli zilyedin nezdinde iken hamile kaldığı ve doğurduğu çocuğun iyiniyetli zilyede ait olması oluşturur.

---

<sup>111</sup> Kaser, *SZ* 75, s. 199.

<sup>112</sup> Molnár, *Sodalitas*, s. 2228-2229.

**KAYNAKÇA\***

- Abramenko, A. (1997), “Eine übersehene Stellungnahme des Trebatius zum Eigentumserwerb am partus ancillae furtivae”, SZ 114, s. 423-434.
- Basanof (1929), Partus ancillae, These, Paris.
- Bauer, K. (1988), Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht, Berlin: Duncker & Humblot.
- Behrends, O. (2004), Institut und Prinzip, Ausgewählte Aufsätze Bd. I. “Prinzipat und Sklavenrecht. Zu den geistigen Grundlagen der augusteischen Verfassungsschöpfung”, s. 417-455, Göttingen: Wallstein Verlag.
- Bělovský, P. (2002), “Usucapio of Stolen Things and Slave Children”, RIDA 49, s. 57-99.
- Berger, A. (1953), Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia: The American Philosophical Society.
- Berki, Ş. (1948), “Roma’da Aynî Haklar (Ius Rerum)”, AÜHFD 5, Sa. 1-4, s. 323-375.
- Bozkurt, G. (1981), “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, AÜHFD 38, Sa. 1-4, s. 65-103.
- Buckland, W. W. (1908), The Roman Law of Slavery, Cambridge: Cambridge University Press [Buckland, Slavery].
- Buckland, W. W. (1950), A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge: Cambridge University Press [Buckland, Text-Book].
- Di Marzo, S. (Çev. Umur, Z.) (1959), Roma Hukuku (2. B.), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Emiroğlu, H. (2007), Ius Gentium – Kavimler Hukuku, İstanbul: Değişim Yayınları [Emiroğlu, Ius Gentium].
- Emiroğlu, H. (2003), Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara: Sözkese Matbaacılık [Emiroğlu, Roma’da Kadın].

---

\* Bir yazarm, birden fazla eserine gönderi yapılan durumlarda, eserleri birbirinden ayırmak için, köşeli parantez içinde eserin kısaltması verilmiştir.

- Erdoğmuş, B. (2000), Roma Eşya Hukuku, İstanbul: Der Yayınları [Erdoğmuş, Eşya].
- Erdoğmuş, B. (1984), Klasik Roma Hukukunda Actio Publiciana in Rem, İstanbul: Acar Matbaacılık [Erdoğmuş, Actio Publiciana].
- Honig, R. (Çev. Şemseddin Talip) (1935), Roma Hukuku Dersleri, İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası.
- Giffard, A. E. (1938), Précis de Droit romain (2e éd.) t. 2 (obligations), Paris: Dalloz.
- Günel, N. (1998), “Roma Hukuku’nda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi”, AÜHFD 47, Sa. 1-4, s. 119-139.
- Jörs, P./Kunkel, W./Wenger, L. (neu bearb. Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.) (1987), Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York: Springer.
- Karadeniz-Çelebican, Ö. (2005), Roma Eşya Hukuku, 2. B., Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kaser, M./Knütel, R. (2005), Römisches Privatrecht, 18. Aufl, München: Beck.
- Kaser, M. (1971), Das Römisches Privatrecht (das altrömisches, das vorklassische und klassische Recht), 1. Absch., 2. Aufl., München: Beck [Kaser, RPR I].
- Kaser, M. (1958), “Partus ancillae”, SZ 75, s. 156-200 [Kaser, SZ 75].
- Koschaker, P. (Yen. eld. geç. Ayiter, K.) (1983), Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (7. B.), Ankara: Olgaç Matbaası.
- Küçükgüngör, E. (1998), Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus), Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Liebs, D. (1976), “Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat”, ANRW II/15, s. 197-286.
- Linderski, J. (1987), “Partus ancillae. A vetus quaestio in the light of a new inscription”, Labeo 33, s. 192-198.

- Lübtow, U. (1951), “Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der lex Atinia”, FS Schulz, Bd. I, Weimar, s. 263-269.
- Mayer-Maly, T. (1999), Römisches Recht, zweite, erweiterte Aufl., Wien-New York: Springer.
- Molnár, Í. (1989/90), “System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik”, BIDR 92/93, s. 545-615 [Molnár, BIDR 92/93].
- Molnár, Í. (1984), “Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode”, Sodalitas V (Scritti in onore di Antonio Guarino) , s. 2227-2255 [Molnár, Sodalitas].
- Mosca, G. (Çev. Özyörük, M.) (1946), “Roma ve Ortaçağ”, -Siyasî Müessesesi ve Doktrinler”, AÜHFD 3, Sa. 2-4, s. 532-564.
- Oğuzoğlu, C. (1959, Roma Hukuku, Ankara: Yeni Desen Matbaası.
- Roth, U. (2008), “Cicero, a legal dispute, and a terminus ante quem for the large-scale exploitation of female slaves in Roman Italy”, Index 36, s. 575-583.
- Schulz, F. (1961), Classical Roman Law, Oxford: Clarendon Press .
- Schwarz, A. B. (Çev. Basman [Rado], T.) (1943), Roma Hukuku Dersleri, İstanbul: Kenan Matbaası.
- Sevig, V. R. (1947), “Borçlar Hukukunun Hakiki Kaynakları”, AÜHFD 4, Sa. 1-4, s. 262-347.
- Söllner, A. (2005), “Bona fides – guter Glaube?”, SZ 122, s. 1-61.
- Subaşı, P. (1943), “Roma Hukukunda Usucapio Pro Donato ve Pro Dote”, AÜHFD 1, Sa. 3, s. 435-441.
- Tahiroğlu, B. (1973), “Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri”, İÜHFM 38, Sa. 1-4, s. 521-545.
- Umur, Z. (1997), Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul: Beta Basım [Umur, Ders Notları].
- Umur, Z. (1983), Roma Hukuku Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul: Filiz Kitapevi [Umur, Eşya Hukuku].

Umur, Z. (1983), Roma Hukuku Lügati, İstanbul; Fakülteler Matbaası [Umur, Lügat].

Villey, M. (Çev. Tahiroğlu, B.) (1985), Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul: Der Yayınları.

Waldstein, W. (1976), “Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen”, ANRW II/15, s. 4-100.

Watson, A. (1992), “Partus ancillae and a Recent Inscription from Regium”, Labeo 38, s. 335-338.

#### **Latince Metinler İçin Yararlanılan Kaynaklar**

Mommsen, T./Krüger, P. / Watson, A.: The Digest of Justinian, Vol. 1-4, Philadelphia 1985.

Otto, E./Schilling, B./Sintenis, F. F.: Das Corpus Iuris Civilis, 2. Aufl., Bd. 1-7, Leipzig 1831-1832.

Rado, T.: Gaius Institutiones (Borçlar Kısmı), İstanbul 1959.

Umur, Z.: Iustinianus Institutiones, İstanbul 1968.

<http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak>.