

**TÜRK HUKUK TARİHİ  
ARAŞTIRMALARI**

**Journal of Turkish Legal History**

**ISSN: 1306-6889**

# Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 22, 2016 (Güz)

<b>Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü</b>	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
<b>Kurucular</b>	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
<b>Yayın Kurulu</b>	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
<b>Danışma Kurulu</b>	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
<b>Editör</b>	Fethi Gedikli
<b>Yardımcı Editör</b>	Ali Adem Yörük
<b>Sekreterlik</b>	Furkan Şahan
<b>Baskı</b>	Mikyasa Basım Yayın Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti. Örnektepe Mahallesi, Pazaraltı Sokak No:96 Beyoğlu/İstanbul 0212 528 95 28
<b>Baskı Tarihi</b>	Ekim 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.  
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

## Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal  
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina  
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye  
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Sancaktepe Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.  
Belediye Başkanı Av. Şeyma Döğücü'ye teşekkür ederiz.

# Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 22 • 2016 (Güz)

## İçindekiler

- Memâlik-i Mahrûsede Olan Ormanların Tanzim ve Tesviyesine Dair  
Lâyiha-i Mütercemedir İsimli 1840 Tarihli Belgenin Türkiye Ormancılığındaki  
Rolü* 5  
*Erhan Kılıç - Kenan Ok*
- Roma Hukukunda Soybağının Kurulması 35  
*Sevgi Kayak*
- Belgeler/Notlar*
- Hukuk Reformu Metinleri 2: Kont Ostrorog'un, Adliye Nazırı Manyasizâde 51  
Refik Bey'e Sunduđu 6 Şubat 1909 Tarihli Rapor  
*Ali Adem Yörük*
- İstimlake Dair İki Mühim Metin: Ali Galib'in Risalesi İle Kahveciyan Haçik'in 63  
Makalesi  
*Muhammedali Aktaş*

## ROMA HUKUKUNDA SOYBAĞININ KURULMASI

### THE ESTABLISHMENT OF THE FILIATION IN ROMAN LAW

Sevgi Kayak\*

#### ÖZ

Soybağı, çocuk ile ana babası arasındaki genetik bağı ifade eder. Bu nedenle tüm toplumlarda olduğu gibi Roma toplumunda da soybağının kurulması, esas olarak kan bağı yoluyla olur. Çocuğun anası ile soybağının kurulması doğum yoluyla; babası ile soybağının kurulması, ana ve baba arasında *ius civile*'ye göre geçerli bir evlilik bulunması ya da mahkemece verilecek bir babalık hükmü ya da *legitimatio* adı verilen Roma hukukuna özgü bir yol ile olur. Çocuk ile ana babası arasında soybağının kurulması, Roma hukukunda derhal hısımlık ilişkisi oluşturmaz. Hısımlık ilişkisinin kurulması için çocuğun, baba *patria potestas*'i altında olması şarttır. Soybağı ve hısımlık, çocuk ile aile babası arasında karşılıklı *reverentia* (saygı yükümlülüğü), karşılıklı bakım yükümlülüğü ve karşılıklı miras yükümlülüğü gibi hukuki sonuçlar meydana getirir.

Anahtar kelimeler: Soybağı, hısımlık, babalık davası, evlenme, *legitimatio*.

#### ABSTRACT

Genealogy refers to the genetic bond between the child and his parents. For this reason, as in all societies, the establishment of the genealogy in Roman society is mainly through blood. The birth of the child's mother and the motherhood through birth; the establishment of a paternity with his father, the existence of a valid marriage between the mother and father according to the local civilians, or the provision of a paternity to be given by the court or a way specific to Roman law called *legitimatio*. The establishment of a genealogy between the child and his parents does not immediately constitute a kinship relation in Roman law. In order to establish the relationship of kinship, the

\* Dr. Öğr. Ü., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

child must be under the patria potestas. Paternity and kinship have legal consequences, such as mutual reverentia between the child and the family, the obligation of mutual care and the obligation of mutual inheritance.

Keywords: Paternité, kinship relation, paternity case, marriage, legitimatio.

\*

## I. Genel Olarak

Soybağı kavramı, geniş anlamda alt soy ile üst soy arasındaki hısımlığı, diğer ifadeyle düz çizgi hısımlığını<sup>1</sup>; dar anlamda ise, çocuk ile ana babası arasındaki hısımlığı ifade eder. Doktrindeki yaygın anlamı daha çok bu sonuncusudur. Bu sebeple teknik anlamda soybağı, çocuk ile ana babası arasındaki genetik bağı ifade eden bir kavramdır. Biz de soybağını bu anlamıyla ele alıp, açıklamalarımızı bu çerçevede yapacağız. Çocuk ile soybağının kurulması kan bağı yoluyla ya da yapay yoldan olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Çocuğun soybağı, kan bağıyla bağlı olduğu ana babasına aittir. Yapay yoldan soybağının kurulmasından kasıt ise, evlat edinmedir. Evlat edinme yoluyla kurulan soybağı evlat edinilen ile evlat edinen arasında vuku bulur.

İlk çağ toplumları da dahil olmak üzere hemen hemen bütün toplumlarda soybağını kuran ilk ve temel unsur kan bağıdır. Çocuk ile ana babası arasında bir kan bağı mevcut olduğu zaman soybağı da kendiliğinden, başkaca bir işleme ihtiyaç duymaksızın kurulmuş olmaktadır. Bu da gayet doğaldır; zira soybağı ius naturale (doğal hukuk) kurumlarından biridir. Doğal hukuk gereği kan bağına dayalı soybağının kurulması, zamana veya mekana göre değişmeksizin tüm toplumlarda aynı şekilde tezahür etmiştir. Ius naturale kurumu olmasının bir gereği olarak kan bağı nedeniyle kurulan soybağı, geçmişte olduğu gelecekte de hiç değişmeksizin var olacaktır. Kan bağı nedeniyle kurulan soybağı, “kan esasına dayanan soybağı/doğal soybağı/gerçek soybağı/tabii soybağı” gibi isimlendirmelerle de anılır.

Yapay yoldan kurulan soybağı ise, yukarıda da belirttiğimiz üzere, evlat edinme yoluyla kurulan soybağıdır. Çok eski devirlerden beri var olan evlat edinme kurumu, aslında sosyal ihtiyaçlara cevap vermek için ortaya çıkmıştır. İlk çağ toplumlarında olduğu gibi Roma’da da, soyun devamını sağlamak ve özel hukuk ilişkilerini devam ettirecek bir mirasçı tayin etmek gibi sosyal amaç-

---

<sup>1</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 392.

lar taşıyan evlat edinme kurumu, günümüzde çocuğu olmayan ailelere çocuk sevgisini tattırmak ve nihayetinde, korunmaya muhtaç çocuklara bir aile ortamını temin etmek gibi daha ulvî ve çocuk yararına amaçlara sahiptir. Günümüzde evlat edinme yoluyla kurulan soybağı, yapay bir yol olmakla birlikte, genetik soybağı hükümlerine tabidir.

Roma hukuku kaynaklarında soybağının kurulmasıyla ilgili özel bir düzenleme yoktur. Konu, Digestave Institutiones'te baba hakimiyetine dair hükümler arasında ve bu hükümlerle iç içe geçmiş olarak ele alınmıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Iustinianus'un Institutiones'inde "*baba hakimiyeti*"ne ayrılmış olan kısımda (I., Inst., 1. 9) ve Digesta'nın baba hakimiyetinden bahseden metinlerinde (D. 1. 6) soybağının kurulmasına dolaylı yoldan değinilmektedir. Yine, Iustinianus'un Institutiones'inde "*kan hısımlarının mirasçılığı hakkında*" başlıklı I., Inst., 3. 5 ve "*kan hısımlığının dereceleri hakkında*" başlıklı I., Inst., 3. 6'da kan esasına dayalı soybağının kurulmasından bahsedilmektedir.

Bu kaynaklara bakıldığında dikkati çeken, soybağının kurulmasına özel bir başlık ayrılmayıp, konunun hısımlık ile ilgili kaynaklar arasında düzenlenmiş olmasıdır. Bu düzenleme tarzı, ilk bakışta, Romalıların soybağının kurulması ile hısımlığın kurulması aynı anlamda ele aldıkları gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak sözü edilen kaynaklar ve özellikle de D. 38. 8. 1. 4 dikkatle incelendiğinde, Romalıların soybağının kurulması ile hısımlığın kurulmasını birbirinden ayırdıkları sonucuna varılır. Bu bakımdan Roma hukukunda soybağının kurulması ile hısımlığın kurulması birbirinden farklı kavramlardır, karıştırılmamalıdır. Roma hukukunda hısımlığı kuran unsur soybağı değil, aile babasının hakimiyetidir. Çocuk, kan bağı ile bağlı olduğu babanın değil, hakimiyeti altında yaşadığı babanın hısımlığı olarak kabul edilir. Çocuğun hısımlık ilişkisinin kurulduğu baba genetik babası değil, hakimiyeti altında yaşadığı aile babası olacaktır. Başka deyişle, çocuk hangi aile reisinin hakimiyeti altında bulunuyorsa, onun hısımlığı olarak kabul edilir. Çocuğun, hakimiyeti altında bulunduğu babası aynı zamanda genetik babası ise sorun yoktur. Fakat durum her zaman böyle olmayabilir ve çocuk, genetik baba olmayan başka bir aile babasının hakimiyeti altında da bulunabilir. Bu durumda çocuk, genetik babasının değil, hakimiyeti altında yaşadığı aile babasının hısımlığı olarak kabul edilecektir. Günümüz hukukunda ise, aralarında soybağı kurulan çocuk ile ana babası arasında bir hısımlık ilişkisi de kurulmuş olur ve bunun için herhangi bir hukuki işleme de gerek yoktur. Nitekim bu sonucu, Türk Medeni Kanununun

Aile Hukuku'na ayrılmış olan ikinci kitabının ikinci kısmındaki “Hısımlık” başlığı altında yer verilen, madde 282 vd.’daki soybağı ile ilgili hükümlerden çıkıyoruz. Bu gerekçeyle çalışmamız, Roma hukukunda soybağının kurulmasını esas almakta olup, hısımlığın kurulmasına sadece soybağının sonuçlarından biri olarak yer verilecektir.

## II. Kan Bağına Dayanan Soybağının Kurulması

### A. Çocuk İle Ana Arasında Soybağının Kurulması

Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğum yoluyla kurulur. Çocuğu doğuran kadın onun anasıdır. Bunu D. 2. 4. 5 metninden açıkça anlıyoruz:

“D. 2. 4. 5 Paulus lib. 4 ad Edictum

Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est quem nuptiae demonstrant

D. 2. 4. 5 Paulus Edictum hakkındaki 4. Kitaptan

Çünkü bayağı şekilde gebe kalmış olsa da (anne) daima bellidir; oysaki baba, meşru evliliğin gösterdiği kişidir”.

Ana ile olan soybağının ispatı da çok kolaydır; zira maddi bir vakıa olan doğumun kanıtlanması hiçbir güçlük arz etmez. Çocuk ile anası arasında soybağının kurulması için, çocuğun soybağı kurulacak kadın tarafından doğurulmuş olduğunun tespiti yeterlidir.

### B. Çocuk İle Baba Arasında Soybağının Kurulması

#### 1. Ana İle Evlilik

Çocuk ile baba arasında soybağının kurulması; evlenme, babalık davası ve legitimatio (soybağının yasal yoldan kurulması) olmak üzere üç yoldan gerçekleşir. Çocuğun, baba ile soybağının kurulmasındaki doğal yol, hiç şüphesiz babanın çocuğun anası ile evli olmasıdır. Meşru bir evlilik içinde dünyaya gelen çocukların babası kocadır. Bunu yukarıda yer verdiğimiz D. 2. 4. 5’ten anlıyoruz: “Baba, meşru evliliğin gösterdiği kişidir”. Bu durum evlilik kurumunun doğal bir

neticesidir. Zira hem evlilik dolayısıyla kadın ve erkeğin birlikte bir yaşam sürmesi, hem de eşler arasında sadakat yükümlülüğünün bulunuyor olması, doğan çocukların soybağının erkek eşe bağlanmasını gerektirmiştir. Evlilik birliğinin devamlı olmadığı durumlarda ise, evliliğin başlangıcından itibaren 180 gün, sona ermesinden itibaren de 300 gün içinde dünyaya gelen çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmiştir. Sonuncu durumda çocuk, evlilik birliği dışında doğmuş olmasına rağmen, evlilik içi çocuk gibi kabul edilip kocaya soybağı ile bağlanacaktır.

Evlilik içi doğan çocukların kocaya olan soybağının bir karine olarak kabul edildiğini hemen belirtelim. Zira hukuken geçerli bir evlilik neticesi doğan çocuklar bakımından iki ihtimal vardır: Çocuğun, kadının kocasıyla cinsel ilişkiye girmesinden doğmuş olmasıdır ki olağan olan budur ve böyle bir durumda sorun yoktur. İkinci ihtimal, evli olmasına rağmen kadının sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket ederek koca dışında bir erkek ile cinsel ilişkiye girmesi ve çocuğu bu ilişkiden dünyaya getirmiş olmasıdır. Sonuncu durum daima ihtimal dâhilinde olduğu için Romalılar, kocanın babalığını, sadece bir karine olarak kabul etmişlerdir.

Aynı karine, “babalık karinesi” adı altında Türk Medeni Kanununda da mevcuttur. TMK m. 285/1’de kaleme alınan hükme göre, “*evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır*”. Buna göre, evlilik devam ederken ya da sona erdikten sonra doğan çocuk evlilik içi çocuk kabul edilir; bunun için, Roma hukukunun aksine Türk hukukunda, evliliğin geçerli bir evlilik olması ya da eşlerin fiilen birlikte yaşamaları da şart değildir; evliliğin, mutlak butlan ya da nispi butlan sebeplerinden biriyle geçersiz olduğu hallerde dahi bu karine geçerlidir. Evlilik, hakim tarafından butlan kararı verilinceye kadar geçerli bir evliliğin hükümlerini doğurmaya devam edeceği için, karar verilinceye kadar doğan çocuklar da evlilik içi çocuk kabul edilir; hatta ana babanın iyiniyetli olmadıkları, yani evliliğin geçersiz olduğu bildikleri hallerde dahi sonuç değişmez.

Babalık karinesinin aksinin ispatı her zaman mümkündür. Karine olarak çocuğun babası kabul edilen kişi gaipliğini, uzun süren bir yolculuğunu veya çocuğunun olmasına engel bir hastalığının bulunduğunu ya da benzer bazı olayların varlığını kanıtlamak suretiyle çocuk ile kendisi arasındaki soybağının kaldırılmasını sağlayabilir.

Çocuk ile baba arasında soybağının kurulması bakımından, zaman

içinde bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan ilki Senatus Consultum Placianum'dur. Bu düzenleme ile evlilik içinde ana rahmine düşmüş olup, boşandıktan sonra dünyaya gelen çocukların soybağının kocaya bağlanması için bazı şartlar öngörülmektedir. Buna göre boşanmış olan bir kadın, eğer gebe olduğunu düşünüyorsa, boşanma tarihinden itibaren otuz gün içinde durumu boşandığı eşine bildirmek zorundadır. Bu bildirim üzerine, babalığı iddia edilen eski eşin önünde; ya kendisinden olmadığını beyan ederek çocuğu reddetmek ya da bir denetleyici göndererek gebelik durumunun varlığını kontrol ettirmek olarak iki seçenek mevcuttur. Eski eş, karineye uygun davranarak birinci yolu tercih etmişse, çocuğun soybağını reddetmiş demektir. Bu durumda ne olacağına dair kaynaklarda net bir bilgi yoktur. Fikrimize göre bu durumda eski eşe karşı, çocuk ya da ana tarafından açılacak bir babalık davasına herhangi bir engel bulunmamak gerekir. Eğer erkek eş, ikinci seçeneği tercih ediyorsa, gebeliğin gerçekten mevcut olup olmadığını anlamak için, kadına bir denetleyici göndermek zorundadır. Denetleyiciden kasıt, kadını muayene ederek, onun gerçekten gebe olup olmadığını tespit edecek olan ve genellikle de ebe olan bir kadındır. Gönderilecek denetleyici mutlaka bir kadın olmak zorundadır ve gebeliği tespit için en fazla beş denetleyici görevlendirilebilir. Eğer kadın eş, denetleyicileri kabul etmezse, baba soybağını reddedebilir ve sonrasında açılacak bir babalık davasında da çocuğu tanımak zorunda bırakılamaz. Bu iki seçenekten hiçbirine başvurmayan yani kadın tarafından yapılan bildirim karşısında sessiz kalan eski eş, kendisine karşı olağandışı usulde açılacak bir davada çocuğu tanımaya ve bunun neticesi olarak, çocuk ile aralarında bir soybağının kurulmasına katlanmaya zorlanabilir.

Bu senatus consultum'daki kurallar, imparator Hadrianus tarafından çıkarılan başka bir senatus consultum ile, babanın ölümünden sonra doğan çocuklara kadar genişletilmiştir. Senatus consultum Placianum'daki prosedür, evlilik esnasında ana rahmine düşmüş olmaları kaydıyla, babanın ölümünden sonra doğan çocuklar için de aynen geçerli olur. Dul kadın, gebelik halini, ölen kocasının hayatta olan aile reisine, ölümü takip eden otuz günlük süre içinde bildirmek zorundadır. Bu genişletici yorumun amacı, evlilik içinde ana rahmine düşmüş olan çocukların babalarına yasal olarak mirasçılıklarını sağlama gereğidir. Başka deyişle, ölüm nedeniyle evliliğin sona ermesinden sonra dünyaya gelmiş olanların evlilik dışı çocuk sayılarak mirasçılık haklarını yitirmeleri adil görülmemiştir.

Marcus Aurelius dönemine ait olduğu öne sürülen başka bir düzenleme ise, gebeliğini gizleyen kadınların durumunu ele almaktadır. Evlilik devam ederken çocuk ana rahmine düşmüş olan kadın, evliliğin bitiminden sonra bu gebeliği gizlerse; kadının gebe olduğundan şüphe edenler, kadının sorgulanması için praetor huzuruna çıkmasını talep edebilirlerdi. Mahkemeye gelmeyerek praetor'un davetini reddeden kadın, çoğu zaman sahip olduğu malvarlığının müsadere edilmesi yoluyla cezalandırılırdı<sup>2</sup>. Kadın, mahkeme huzuruna çıkmayı kabul etmekle birlikte, praetor'un tayin edeceği ebe veya ebeler tarafından muayene edilmeyi reddederse, praetor'un talimatıyla, zorla muayene edilirdi. Yapılan muayene sonucu kadının gebe olmadığı ortaya çıkarsa, bu incelemeyi yaptıran eski eşe karşı, şartları varsa, kadın tarafından bir actio iniuratum açılabilirdi de kabul edilmişti.

## 2. Babalık Davası (Actio De Liberis Agnoscendis/Actio De Partu Agnoscendo)

Evlilik devam ederken ya da evlilik sona erdikten sonra, yasal sınırlar içinde dünyaya gelen çocuklar, evlilik içi doğmuş gibi kabul edilerek, soybağı bakımından erkek eşe bağlanırdı. Başka deyişle, evliliğin kurulmasından itibaren 180 gün, sona ermesinden itibaren de 300 gün içinde dünyaya gelen çocuğun soybağı, baba ile kendiliğinden kurulmuş olurdu. Fakat bu süreler içinde doğmamış çocuk, babalık karinesinden yararlanamazdı. Bu durumda, çocuğun soybağının kurulması için geriye, babaya karşı açılacak bir babalık davasından başka bir seçenek kalmıyordu. Babalık davası açma hakkı hem anaya hem de çocuğa ayrı ayrı tanınmıştır. Çocuk tarafından açılacak babalık davası, actio de liberis agnoscendis; ana tarafından açılacak babalık davası, actio de partu agnoscendo olarak adlandırılmıştır. Dava sonucunda, baba olduğu iddia edilen kişi ile çocuk arasında soybağının bulunduğu kanaatine varan hakim, babalığa hükmeder ve babalık hükmü ile birlikte, çocuk ile babalığı iddia edilen kişi arasında soybağı kendiliğinden, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kurulmuş olurdu. Fikrimize göre bu dava sonucunda verilen karar, her ne kadar soybağını kurucu nitelikte de olsa, bir tespit kararı niteliğinde bulunmaktadır.

<sup>2</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. İpek, s. 174.

### 3. Legitimatio (Soybağının Yasal Yoldan Kurulması)

Legitimatio, en genel anlamıyla, soybağının meşrulaştırılması demektir. Evlilik dışı doğan çocukların genetik babaları ile soybağı kurularak, bu çocukların evlilik içi doğmuş çocuklar ile aynı hukuki statüye konulmalarına legitimatio adı verilmiştir. Legitimatio, ilk imparatorluk döneminde Hristiyanlığın kabulünden sonra yerleşmiş bir yoldur ve sadece concubinatus çocukları için uygulanmıştır. Concubinatus kurumu iustae nuptiae (meşru evlilik) olarak görülmediği için, concubinatus birlikteliğinden doğan çocuklar da evlilik içi çocuk olarak kabul edilmemiştir. Bu çocukların soybağının genetik babalarına bağlanmaları, az önce de söylediğimiz üzere, ilk imparatorluk döneminde Hristiyanlığın kabulünden sonradır. Fikrimize göre, bu çocuklar lehine legitimatio'nun kabulünde concubinatus kurumunun yasal bir kurum olması da rol oynamış olabilir. Zira meşru bir evlilik sayılmasa da Roma'da concubinatus kurumu her zaman zinadan farklı bir muamele görmüş ve hukuken meşru sayılmıştır. Bu durumda, hem bu kurumu meşru sayıp hem de bu birlikteliklerdeki kişilere hiçbir hak tanımamanın bir tezat oluşturduğu kesindir. Bu çelişki-den kurtulma düşüncesi de Romalıları, Hristiyanlığın yanı sıra, legitimatio'yu kabule itmiş olabilir. Legitimatio'nun, concubinatus çocukları bakımından kabul edildiği kesin olmakla birlikte, diğer ilişkilerden, mesela zina ilişkisinden doğan çocukların soybağının, bu yolla genetik babalarına bağlanıp bağlanmadığı konusunda bir açıklık yoktur.

Legitimatio'nun, yani evlilik dışı doğan çocuğun soybağının genetik babasına bağlanması işleminin üç şekilde gerçekleştiği bilinmektedir: Çocuğun anası ile kurulan sonraki evlilik yoluyla, imparator rescriptum'u yoluyla ve çocuğu curia'ya adamak yoluyla. Bu üç biçimi de I. Inst., 1. 10. 13'ten tespit edebiliyoruz:

*“Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, postea tamen redigantur in potestatem. Qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiae datus potestati patris subicitur: nec non is, qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime, legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotilibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur: quod et aliis, si ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit.”*

Bazen doğdukları zaman derhal baba hakimiyetine girmeyen r sonradan baba hakimiyeti altına girdikleri vaki olur. Nesebi gayrisahih olarak

doğup da bilâhare curia'ya verilen ve bu suretle baba hakimiyeti altına giren çocuk böyledir. Yine, hiçbir hukuki evlenme engeli olmamakla beraber, alêlâde bir münasebet neticesi bir hür kadından doğmuş olup da bilâhare emirnamemize uygun olarak cihaz vesikası tanzim edilmek suretiyle baba hakimiyetine girmiş olan çocuk da böyledir: aynı evlenmede, daha sonra doğacak çocuklar hakkında, emirnamemiz , keza aynı kararı almıştır”<sup>3</sup>.

Dikkat edilirse metin, son iki legitimatio yolundan açıkça bahsetmekte, fakat çocuğun anası ile gerçekleşecek sonraki bir evlenmenin legitimatio'yu sağlayacağından açıkça söz etmemektedir. Bununla birlikte, çocuğun anası ile kurulacak sonraki evliliğe bir legitimatio türü olarak yer verildiğini, son cümlenin yorumundan çıkarıyoruz. Esasında, I. 10. 13'un son cümlesi olan “...aynı evlenmeden daha sonra doğacak çocuklar hakkında, emirnamemiz keza aynı kararı almıştır” cümlesi, oldukça bozuk bir ifadeyle kaleme alınmış olduğu için tartışmalara neden olmuştur. Ancak Accarias, bu cümlenin çocuğun anası ile yapılacak sonraki evliliklere işaret ettiğini kabul etmektedir. Nitekim yazara göre, söze göre yorum yapıldığında bu cümle, evlilik esnasında ana rahmine düşen ancak evliliğin sona ermesinden sonra dünyaya gelen çocukların soybağının yine genetik babaya ait olacağı manasına gelen bir tarzda kaleme alınmıştır, bunda bir tereddüt yoktur. Ancak unutulmamalıdır ki bu çocukların soybağının, babalık karinesi gereği zaten genetik babaya bağlanacağı açıktır, bunu özellikle söylemeye gerek yoktur. O halde burada kastedilen, evlilik dışı doğmuş çocuğun anası ile sonradan yapılacak bir evlenme işleminin çocuğun soybağını kuracak olmasıdır.

Sonraki evlilik yoluyla legitimatio için üç temel şart gereklidir: Birincisi, çocuğun anası ile babasının evlenmelerine yasal olarak herhangi bir engelin bulunmamasıdır. Bundan kasıt; kadın ile erkek arasında, I. Inst. 1. 10'da, özellikle de hısımlık bakımından yer verilmiş evlenme engellerinin bulunmamasıdır. Sonraki evlilik yoluyla legitimatio için ikinci şart, bir cihaz tesisinin yapılmış olmasıdır. Bu, muhtemelen meşru olmayan bir evliliğin meşru bir evliliğe dönüştüğünün herkes tarafından bilinir olmasını sağlamak içindir. Üçüncü şart ise, çocuğun anasının hür olmasıdır. Eğer legitimatio'nun içerdiği avantajlara rağmen, çocuğun baba hakimiyeti altına

<sup>3</sup> Çeviri için bkz. *Iustinianus Institutiones*, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.

girmesi çocuğun aleyhine olacaksa, çocuğun rızasının alınması da bu şartlara ilave edilmelidir. Zira soybağı kurulduğu andan itibaren çocuk, bu babanın ya da bu babanın tabi olduğu aile reisinin hakimiyeti altına girecek ve bunun neticesi olarak hak ehliyetini kaybedecektir. Hak ehliyeti kaybına bağlı olarak tüm malvarlığı da aile reisinin mülkiyetine geçecektir. Bu bakımdan eğer sui iuris (hakimiyet altında bulunmayan) kalması çocuk için daha faydalı olacaksa, legitimatio için çocuğun rızasının alınması da şart olarak görülmüş olmalıdır.

Legitimatio'da ikinci yol, curia'ya adamak suretiyle çocuğun soybağının kurulmasıdır. Evlilik dışı çocukların soybağının, genel ve soyut nitelikteki emirnamelerle düzeltilmesi, özellikle bu çocukları curia'ya adamak için yapılmıştır. Çünkü soybağı düzeltilen erkek çocuk curia'ya adanır, kız çocuk ise curia'ya adanmış biri ile evlendirilirdi. Curia, imparatorluk döneminde vergi almakla görevli olan kişilerdir. Bu meslek, üstlenilen mali yükümlülükler bakımından son derece riskli olduğu ve bu sebeple kimse curia olmak istemediği için, buna bir çare olarak evlilik dışı çocukların curia yapılması ve bunun için de bu çocukların soybağının düzeltilmesi yoluna gidilmiş olabilir.

Legitimatio'nun üçüncü yolu, imparator rescriptum'udur. Bu tür legitimatio, ilk kez Iustinianus tarafından kullanılmış olup, sonraki evlilik yoluyla kurulan soybağı hükümlerinin tamamlanması mahiyetindedir. Ölüm, gaiplik, mirastan yoksunluk gibi nedenlerle çocuğun anası ile sonradan bir evlilik mümkün değilse, baba ya da çocuk tarafından imparatora yazılan bir mektupla soybağı kurulması yönünde bir talepte bulunulabilir ve imparatorun vereceği bir izin rescriptum'u ile de genetik baba ya da talepte bulunan kişiyle çocuğun soybağı kurulabilirdi. Babanın, bu yöndeki talebini vasiyetnamesinde belirtmiş olması da hukuken geçerliydi. Diğer taraftan, imparatorun izin verebilmesi için babanın evlilik içi çocuklarının bulunmaması, eğer varsa bu çocukların rızasının alınmış olması da şarttı<sup>4</sup>.

### III. Soybağının Kurulmasının Hükümleri

#### A. Çocuk İle Anası Arasında Soybağı Kurulmasının Hükümleri

Çocuk ile ana arasında soybağı kurulmasının hukuki sonucu, çocuk ile anası arasında bazı hak ve yükümlülüklerin karşılıklı olarak doğmasıdır.

---

<sup>4</sup> Accarias, I, s. 291; Cuq, s. 203-204; Monier, I, s. 271.

Çocuğun anası, bazı şartlarla çocuğa karşı bakım yükümlülüğü altına girer. Çocuk, evlilik dışı bir çocuk olduğu zaman ya da boşanma halinde, babanın içinde bulunduğu kötü durum nedeniyle çocuk anaya bırakılmışsa, çocuğun bakım yükümlülüğü ananın üzerindedir. Diğer taraftan, çocuk ile anası arasında soybağının bulunuyor olması, bir hısımlık ilişkisinin de bulunduğu anlamına gelmemelidir. Roma hukukunda soybağı ve hısımlık kavramları birbirinden farklı algılandığı için, çocuk ile ana arasında bir soybağının kurulu bulunması, aralarında bir hısımlık ilişkisinin de kurulu bulunduğu anlamına gelmez. Çocuk baba hakimiyeti altında bulunduğu sürece babası ile hısımdır ve buna bağlı olarak sadece ona mirasçı olur.

Aralarındaki kan bağlarına rağmen hukuken bir hısımlık ilişkisinin bulunmaması, çocuk ile ana arasında karşılıklı bir mirasçılık hakkının doğumuna izin vermez. Özellikle manus'suz evlilik birliklerinde çocuğu doğuran kadın çocuğuna yabancı kabul edilir. Çocuk ile ana arasında hukuki anlamda bir hısımlık ilişkisi bulunmaması, gerçekten de çocuk ile ana arasında karşılıklı bir mirasçılık hakkını engellemiştir. Hakkaniyete aykırı görülen bu durum karşısında praetor'lar, ana ile çocuk arasında mirasçılık hakkını ilk kez, bonorum possessio unde cognati ile tanımışlardır. MS 2 inci yüzyıla gelindiğinde, senatus consultum Tertullianum ve Orfitianum ile çocuk ile ana arasında karşılıklı bir miras hakkı yasal olarak tanınmıştır. Çocuk ile anası arasında soybağının bulunmasının bir gereği olarak karşılıklı bir saygı yükümlülüğünün de kabul edildiğini eklemek gerekir. Çocuk ile ana arasında kurulan soybağının aynı zamanda bir evlenme engeli yarattığını da ayrıca bu hukuki neticelere ilave etmelidir.

## B. Baba İle Çocuk Arasında Soybağının Kurulmasının Hükümleri

Çocuk ile genetik babası arasında soybağının kurulmasının ilk neticesi, çocuğun bu baba ya da onu tabi olduğu aile reisinin hakimiyeti altına girmesi ve böylece çocuk ile baba arasında bir hısımlık ilişkisinin kurulmasıdır. Bu noktada hemen belirtelim ki hısımlık, soybağının kurulmasının neticelerinden biridir, fakat hısımlığı meydana getirmek için tek başına yeterli değildir. Hısımlık için, çocuğun baba tarafında aile içine kabul edilmiş olması da gerekir. Roma'da hukuken tanınan hısımlık, cognatio (kan bağı hısımlığı) değil, Roma hukukuna özgü olan agnatio hısımlığıdır. Başka deyişle, çocuk ile genetik babası arasında

kan hısımlığı, soybağının kurulmasıyla derhal meydana gelir. Ancak agnatio hısımlığı için, çocuğun aile reisi tarafından aileye kabul edilmiş olması şartı da aranır. Babalık karinesi gereği ya da zaten evlilik içinde dünyaya gelen çocuğun, babası ile zaten çoğu kez bir kan bağı vardır, bunun neticesi olarak aralarında bir cognatio hısımlığı da vardır. Fakat cognatio, uzun zaman boyunca hukuken tanınmış bir hısımlık olarak kabul edilmediğinden, evlenme engeli olmak dışında hiçbir hukuki sonuç doğurmamıştır. Mesela çocuğun genetik babasına mirasçı olması uzunca bir dönem kabul edilmemiştir. Roma hukukunda dikkate alınan hısımlık agnatio olduğu için, çocuk ile babası arasında karşılıklı olarak birtakım hak ve yükümlülüklerin doğması için agnatio hısımlığının kurulması gerekmiştir. Çocuk ile baba arasında agnatio hısımlığının kurulması, babanın çocuğu aileye kabul etmesi, diğer bir deyişle, çocuğu tanıması yoluyla olur. Tanıma ise, doğumun hemen arkasından çocuğun ebenin bıraktığı yerden baba tarafından kaldırılması şeklinde gerçekleşen törensel bir eylemle vuku bulur ve böylece çocuk ile babası arasında agnatio hısımlığının kurulduğu, hısımlığın başladığı kabul edilirdi.

Cognatio'nun hukuken tanınan bir hısımlık haline gelmesi, ancak Iustinianus dönemine rastlar. Bu dönüşüm ilk olarak, çocuk ile genetik ana baba arasında karşılıklı bir miras hakkını kabul eden Senatus Consultum Tertullianum ile başlamıştır ve Iustinianus hukukunda cognatio hısımlığı agnatio hısımlığının yerini alarak kendisine hukuki sonuçlar bağlanan tek hısımlık haline gelmiştir. Soybağının kurulmasının, babanın tanıma beyanına bağlı olarak, hukuki anlamda bir hısımlık ilişkisi meydana getirdiğini söyledik. Ancak burada şu hususun altını da çizmek gerekir ki bu sonuç, curia'ya adanmak suretiyle gerçekleşen legitimatio bakımından geçerli değildir, curia'ya adanmış çocuklar sui iuris olarak kalmaya devam etmişlerdir.

Soybağı kurulmuş olan çocuklar, agnatio hısımlığı da kuruluyorsa, ab intestato mirasçı olma sıfatını kazanırlar. Yine, bu çocuklar, gerek soybağı gerek agnatio hısımlığı kurulmasının bir sonucu olarak, babalarının ismini ve sosyal konumunu da alırlar.

Soybağının kurulmasının bir neticesi olarak, çocuk ile genetik babası arasında, agnatio hısımlığı kurulmamış olsa bile, karşılıklı bir reverentia (saygı gösterme yükümlülüğü) söz konusu olur. Bunun dışında yine soybağı kurulmasının bir gereği olarak, genetik baba, çocuğuna bakım yükümlülüğü altına girer.

## Sonuç

Çocuk ile ana babası arasındaki genetik bağı ifade eden soybağı, doğal hukuk kurumlarından biridir. Bu nedenle tüm toplumlarda olduğu gibi Roma toplumunda da soybağının kurulması esas olarak kan bağı yoluyla olur. Çocuğun anası ile soybağının kurulması doğum yoluyla; babası ile soybağının kurulması ise, çocuğun ana babası arasında *ius civile* uyarınca geçerli bir evlilik bulunması ya da bu yolda mahkemece verilecek bir babalık hükmüne bağlıdır. Evlilik devam ederken ana rahmine düşmüş fakat evlilik sona erdikten sonra dünyaya gelmiş çocukların babaları ile olan soybağı ise, evliliğin başlangıcından itibaren 180 gün, sona ermesinden itibaren de 300 gün içinde dünyaya gelmiş olmaları kaydıyla, karine olarak, kocaya bağlanır. Karine dışı kalan çocukların babaları ile olan soybağı ise ancak, baba olduğu iddia edilen kişiye karşı ana veya çocuk tarafından açılacak bir babalık davası yoluyla kazai yoldan ya da *legitimatio* denen Roma hukukuna özgü bir yoldan mümkün olabilir. *Legitimatio*, sözcük anlamıyla soybağının meşrulaştırılması demek olsa da teknik olarak, çocuğun soybağının yasal yoldan kurulması anlamına gelir. Bu da ya imparatorun vereceği bir izin *rescriptum*'u ile ya da bu çocuğu *curia* denen bir tür vergi toplama memuru olarak tayin etmek suretiyle olurdu. Evlilik dışı erkek çocuğun *curia* olarak görevlendirilmesi, kız çocuğun ise bir *curia* ile evlendirilmesi uygulaması, her ne kadar çocuğun soybağını kursa da, buradaki amacın soybağı kurmaktan çok, kişisel sorumluluk gerektiren riskli bir iş olması nedeniyle hiç kimsenin talip olmadığı bu görevi ifa edecek birini bulma ihtiyacı olduğu söylenebilir. Babalık hükmü ve *legitimatio* dışında elbette, evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuğun anası ile babanın sonradan evlenmesi, çocuğun soybağının babaya bağlanması için yeterliydi ve bu çocuklar evlilik içi çocuk statüsünü kazanarak onların sahip oldukları tüm hakları doğdukları andan itibaren, başka deyişle geçmişe etkili olarak kazanırlardı.

Çocuk ile ana babası arasında soybağının kurulması, günümüzün aksine, Roma hukukunda derhal hısımlık ilişkisi meydana getirmez. Hısımlık ilişkisinin kurulması için çocuğun baba hakimiyeti altına alınmış, yani bir anlamda çocuğun tanınmış olması şarttır. Bu bakımdan denilebilir ki Roma hukukunda tanıma işlemi, bugünkünden farklı olarak, çocuğun soybağını kurma yolu olarak değil, hısımlık ilişkisini kurma yolu olarak kabul edilebilir. Tanıma yoluyla aile içine kabul edilen çocuk, aile reisine ve diğer aile fertlerine hısımlık olur. Bunun

sonucu olarak çocuk ile aile reisi arasında karşılıklı reverentia (saygı yükümlülüğü), karşılıklı bakım yükümlülüğü ve karşılıklı miras yükümlülüğü gibi hukuki sonuçlar doğar.

#### KAYNAKÇA

- Accarias, C. *Précis De Droit Romain, Contenant avec l'exposé Des Principes Généreux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes De Justinien*, 4. édition, corrigé et notablement augmentée, Tome I, Paris, Librairie Cotillon, 1886.
- Amiable, Louis, "De La Paternité Du Mari En Droit Romain Et Dans L'Ancienne Jurisprudence Française I", *Revue Historique De Droit Français Et Etranger*, Vol: 8, 1862, s. 5-33 (<https://www.jstor.org/stable/43840479> erişim tarihi 15.10.2018).
- Ayiter, Kudret, *Klasik Roma Hukukunda Dos'un Tesis*, Ankara, 1958.
- Cuq, Edouard, *Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains*, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.
- Di Marzo, Salvatore, *Roma Hukuku*, çeviren: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper; *Türk Özel Hukuku*, Cilt: 3, *Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş On Üçüncü Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- Emiroğlu, Haluk, Çalışkan, Yusuf, "Yabancı Hukukun Emsâl Gösterilmesi ve Ius Gentium Teorisi", *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Emiroğlu, Haluk, *Roma Hukukunda Kadının Durumu*, Ankara, 2003.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, Yeniden Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 3. Baskı, Baskıyı hazırlayanlar: Cumhur Özakman/Enis Sarıal, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986.
- Gaudemet, Jean, "Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu", (çev. Bülent Tahiroğlu), *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl 6, Sayı 9, 1972.
- Goutelle, *De La Lutte Entre L'Agnation Et La Cognation A Propos Du S. C. Tertullien*, Thèse Caen, 1934.
- Günel, A. Nadi, "Roma Hukukunun Temel Kriterleri", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Hegnauer, Cyril, *Droit Suisse Et De La Famille (art. 328- art. 329 CCS)*, Adaptation Française par Bernard Schneider, Berne, Editions Staempfli & Cie SA 1990.
- Iustinianus Institutiones*, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.
- İpek, Nurcan, "Roma Hukukunda Hısımlık", *MÜHF-HAD*, Cilt 21, Sayı 1, s. 168 (s. 167-203).
- Karadeniz Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması*, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.

- Kochaker, Paul / Ayiter, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.
- Kudret Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku*, Ankara, 1960.
- Monier, Raymond, *Manuel Élémentaire De Droit Romain*, Tome I, *Introduction historique, Les Sources, La Procédure, Les Personnes, Les Droits Réels, Les Successions*, 6. édition, revue et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1947.
- Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, Üçüncü Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Petit, Eugène, *Traité Élémentaire De Droit Romain*, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.
- Schwarz, Andreas B. “Evlilik Dışı Çocuklar Meselesi”, *1943-1944 Üniversite Konferanslarından Ayrı Bası*, İstanbul, 1945.
- Somer, Pervin, “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/2, s.
- Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku*, Onuncu Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.
- \_\_\_\_\_, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.
- Z. S. Güneş Ceylan, *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.